

論 説 ( 1 )

論 説

# ジェノサイドにおける「行為支配」と 「破壊する意図」

——ドイツ連邦通常裁判所ルワブコンベ事件判決  
(BGH, Urteil des 3. Strafsenats vom 21.05.2015 – 3 StR 575/14 –)  
を契機として——

後 藤 啓 介

1. はじめに
  1. 1. 序論——ジェノサイドの定義とドイツにおけるその受容
  1. 2. 本稿の問題意識——中級レベルの関与者の「正犯性」
  1. 3. 本稿の検討課題——「行為支配」と「破壊する意図」
  1. 4. 検討の方法と手順
2. ルワブコンベ事件の概略
  2. 1. 事実の概要
  2. 2. 裁判の経緯
3. 上告審BGH判決の判旨と意義
  3. 1. 判旨
  3. 2. 意義
4. 「正犯性」を根拠づける基準としての「行為支配」——  
「幫助犯」か「共同正犯」か
  4. 1. 問題の所在
  4. 2. 幫助犯——事実審OLGの見解
    4. 2. 1. 事実審OLGが「正犯性」を否定するために重視した「事実」
    4. 2. 2. 事実審OLGが「正犯性」を否定するために使用した「評価方法」
  4. 3. 共同正犯——上告審BGHの見解
    4. 3. 1. 上告審BGHが「正犯性」を肯定するために重視した「事実」
    4. 3. 2. 上告審BGHが「正犯性」を肯定するために使用した「評価方法」

( 2 ) ジェノサイドにおける「行為支配」と「破壊する意図」

4. 4. 検討

4. 4. 1. 事実審OLGに対する検討

4. 4. 2. 上告審BGHに対する検討

4. 4. 3. 検討の結果

4. 5. 小括

5. 「破壊する意図」は「目的」か「認識」か

5. 1. 問題の所在

5. 2. 目的説

5. 3. 認識説

5. 4. 折衷説

5. 5. 検討——目的説の妥当性

6. 「目的」は「最終目標」か「中間目標」か

6. 1. 問題の所在

6. 2. 最終目標説

6. 3. 中間目標説

6. 4. 検討——中間目標説の妥当性

7. むすび

## 1. はじめに

### 1. 1. 序論——ジェノサイドの定義とドイツにおけるその受容

ジェノサイド（集団殺害犯罪）<sup>1)</sup> は、1946年12月11日の国連総会決議96（I）で宣言され、かつ、1948年12月9日の「集団殺害犯罪の防止及び処罰に関する条約」（以下、「ジェノサイド条約」と略記する）の前文でも確認されているように、「国際法上の犯罪」（*crime under international law*）である。また、同条約2条におけるジェノサイドの定義は、旧ユーゴスラビア国際刑事法廷（*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: ICTY*）規程4条2項、ルワンダ国際刑事法廷（*International Criminal Tribunal for Rwanda: ICTR*）規程2条2項などの諸種のアド・ホック国際刑事法廷の諸規程や、国際刑事裁判所（*International Criminal Court: ICC*）規程6条にも、ほぼそのままの文言で継受されている。例えば、ICC規程6条に基づくジェ

ノサイドの定義<sup>2)</sup>を示せば、以下の通りである。

#### 第6条（集団殺害犯罪）

この規程の適用上、「集団殺害犯罪」とは、国民的、民族的、人種的又は宗教的な集団の全部又は一部に対し、その集団自体を破壊する意図〔*intent to destroy*〕をもって行う次のいずれかの行為をいう。

- (a) 当該集団の構成員を殺害すること。
- (b) 当該集団の構成員の身体又は精神に重大な害を与えること。
- (c) 当該集団の全部又は一部に対し、身体的破壊をもたらすことを意図した生活条件を故意に課すること。
- (d) 当該集団内部の出生を妨げることを意図する措置をとること。
- (e) 当該集団の児童を他の集団に強制的に移すこと。

---

1) 「Genocide」という言葉は、ポーランド系ユダヤ人の法学者ラファエル・レムキンによって、ナチス・ドイツによるユダヤ人に対する迫害を把握するため、ギリシア語で「人種」を意味する「*genos*」とラテン語で「殺害」を意味する「*caedere*」を複合して誕生させられた造語である（*Raphael Lemkin, Axis Rule in Occupied Europe – Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress, Washington 1944, p. 79*）。この点、この言葉は、日本語（ICC規程6条の外務省公定訳）では「集団殺害犯罪」と訳出されているが、ICCの正文の1つである中国語（ICC規程128条）では、「滅絶種族罪」と訳されており、こちらの方が原義に近いもののように思われる（後藤啓介「ジェノサイドの犯罪構成要件に関する一考察——ジェノサイド罪の主な特徴と現行日本刑法での対応の限界——」法学政治学論究80号（2009年）372頁注1）。また、ドイツ刑法旧220条aは、「Völkermord」と訳されており、日本語ではこれが「民族謀殺罪」と翻訳されていることもある（法務大臣官房司法法制調査部〔編訳〕『ドイツ刑法典』法務資料439号（1982年）155頁）。これらは、すべて「Genocide」のことを指している。したがって、これらをすべて包含するという意味でも、本稿では、「Genocide」をそのまま「ジェノサイド」と仮名で表記する。

2) 日本はいまだにジェノサイド条約に加盟していない。ゆえに、同条約の公定訳は存在しないため、以下で示す翻訳は、同条約10条に基づく正文である英語をICC規程6条などの外務省公定訳を参考に、適宜、筆者が和訳したものである。なお、本稿における英語・ドイツ語が原文の資料・文献は、特に断りのない限り、すべて筆者が翻訳したものである。

( 4 ) ジェノサイドにおける「行為支配」と「破壊する意図」

この定義の文言（例えば、正文である英語の文言など）は、ジェノサイド条約以来、ほぼ70年近くも変更が加えられていない。ゆえに、この定義に関する限り、同条約、ICTY規程およびICTR規程などをめぐってなされている議論のほとんどをICC規程6条に関する議論にも転用することが実質的には十分に可能である<sup>3)</sup>。また、同条約の定義がICC規程に継受されたという事実からも明らかであるように、ジェノサイドが、「国際社会全体の関心事である最も重大な犯罪」、すなわち、「中核犯罪」(core crime)<sup>4)</sup>であることにも、異論の余地はない。

このジェノサイド規定について、ドイツ刑法の状況に目を向けてみれば、まず、ドイツ連邦共和国（当時の西ドイツ）は、1954年11月24日にジェノサイド条約に加入し、同条約5条に規定されているジェノサイドの処罰義務を履行するため、同年8月9日のジェノサイド条約加入法2条によって、ジェノサイドの規定をドイツ刑法旧220条aに受容した<sup>5)</sup>。ドイツ刑法旧220条aに基づくジェノサイドの犯罪構成要件は、若干の文言の変更はなされているものの、基本的にはジェノサイド条約2条の定義と（ゆえに、ICC規程6条の定義とも）ほぼ同一のものである<sup>6)</sup>。その後、ドイツでは2002年のICC規程の発効およびドイツのICCへの加入に伴い、2002年6月30日にドイ

---

3) William A. Schabas, Article 6 – Genocide, in: Otto Triffterer/Kai Ambos (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court – A Commentary, 3<sup>rd</sup> ed., München 2016, mn. 3.

4) ICC規程5条以下に規定されているジェノサイド（同6条）、人道に対する犯罪（同7条）、戦争犯罪（同8条）、および、侵略犯罪（同8条の2）は、「国際社会全体の関心事である最も重大な犯罪」であるとされ、「中核犯罪」と呼ばれることがある。中核犯罪に関する邦文献としては、例えば、フィリップ・オステン「刑法の国際化に関する一考察——ドイツと日本における国際刑法の継受を素材に——」法学研究79巻6号（2006年）55頁以下、同「国際刑法における『中核犯罪』の保護法益の意義——ICC規程批准のための日本の法整備と刑事実体法規定の欠如がもたらすものを素材として——」慶應義塾大学法学部〔編〕『慶應の法律学 刑事法——慶應義塾大学創立150年記念法学部論文集』慶應義塾大学法学部（2008年）所収217頁以下などがある。

5) Gesetz über den Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zu der Konvention vom 9. Dezember 1948 über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes vom 9. August 1954 (BGBl. 1954 II S. 729).

ツ国際刑法典が施行された<sup>7)</sup>。その結果、ドイツ刑法旧220条aは、ドイツ国際刑法典施行法2条10号によって廃止され、その代わりに、同日に発効した国際刑法典6条にほぼそのままの文言で移行することになった<sup>8)</sup>。すなわち、以下の通りである。

第6条 ジェノサイド

- (1) 国民的、人種的、宗教的又は民族的な集団の全部又は一部に対し、その集団自体を破壊する意図 [Absicht [...] zu zerstören] をもって、
1. 当該集団の構成員を殺害した者、

6) Claus Kreß, VStGB § 6, in: Wolfgang Joecks/Klaus Mießbach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8 (Nebenstrafrecht III Völkerstrafgesetzbuch), 2. Aufl., München 2013, Rn. 26.

7) ドイツ国際刑法典の邦訳および解説については、特に、フィリップ・オステン＝久保田隆「ドイツ国際刑法典 全訳（関連規定含む——2017年1月1日現在）」法学研究90巻4号（2017年）37頁以下および同「ドイツ国際刑法典の現状と課題——近時の動向を中心に——」法学研究90巻4号（2017年）1頁以下を参照。それ以外の邦文献としては、例えば、Gerhard Werle〔著〕＝葛原力三〔訳〕「国際刑法の国内法化について」ノモス15号（2004年）60頁以下、フィリップ・オステン「国際刑事裁判所規程と国内立法——ドイツ『国際刑法典』草案を素材として」ジュリスト1207号（2001年）126頁以下、同「国際刑事裁判所の設立と立法上の対応（上）・（下）——ドイツ『国際刑法典』草案が日本に示唆するもの——」捜査研究608号（2002年）66頁以下・同610号（2002年）62頁以下、同「刑法の国際化に関する一考察——ドイツと日本における国際刑法の継受を素材に——」法学研究79巻6号（2006年）61頁以下、国際・ヨーロッパ刑法研究会〔訳〕「ヘルムート・ザッツガー著『国際・ヨーロッパ刑法——刑法適用法、ヨーロッパ刑法・刑事手続法、国際刑法』（9・完）」近畿大学法学62巻2号（2014年）219頁以下、鈴木雅子「国際刑事裁判所規程と国内法——ドイツと日本を例に」日本弁護士連合会〔編〕『国際刑事裁判所の扉をあける』現代人文社（2008年）所収125頁以下、戸田典子「国際刑事裁判所のための国内法整備」外国の立法215号（2003年）116頁以下、福永美和子「ICC創設をめぐるドイツの外交・司法政策」ドイツ研究42号（2008年）130頁以下、同「第二次世界大戦後のドイツと国際刑事司法——懐疑的姿勢から積極的な推進へ」石田勇治＝福永美和子〔編〕『現代ドイツへの視座——歴史学のアプローチ1 想起の文化とグローバル市民社会』勉誠出版（2016年）所収365頁以下などがある。

( 6 ) ジェノサイドにおける「行為支配」と「破壊する意図」

2. 当該集団の構成員の身体又は精神に対して、特に刑法典第226条に定める性質の重い害を与えた者、
  3. 当該集団の全部又は一部に対し、身体的破壊をもたらすのに適した生活条件を課した者、
  4. 当該集団内部の出生を妨げる措置をとった者、
  5. 当該集団の児童を他の集団に強制的に移した者は、終身自由刑に処する。
- (2) 前項第2号から第5号までのうち、犯情があまり重くない事案では、5年以上の自由刑を科する。

---

8) BGBl. I S. 2254, 2258. 国際刑法典施行法2条1項によれば、ドイツ刑法旧220条aは、2002年6月30日以前に行なわれた行為については、依然として効力を有していることになる。なお、ドイツ国際刑法典の場所的適用範囲に関しては、世界主義が予定されている(同法典1条)ところ、同法典施行以前に世界主義について規定していたドイツ刑法旧6条1号をめぐっては、実際にはこの規定には何らかの制限を示唆するような文言は明文上含まれていなかったにもかかわらず、ドイツの判例(BGHSt 45, 64 (66) = BGH, Urteil des 3. Strafsenats vom 30.04.1999 – 3 StR 215/98 –, juris, Rn. 6)によれば、外国人によって外国で行われた行為について国内(ドイツ)の刑事裁判権を行使することを正当化する「連結点」(Anknüpfungspunkt)という意味でのドイツとの関連性が必要とされていた(この点について否定的な評釈としては、例えば、*Gerhard Werle*, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofes vom 30. April 1999 – Anwendung deutschen Strafrechts auf Völkermord im Ausland, *Juristen Zeitung* (zit.: JZ) 1999, S. 1182がある)。しかし、ドイツ国際刑法典1条では、明示的にドイツとのこのような関連性要件が放棄され、ジェノサイドの場合でもいわゆる絶対的な世界主義(これについては、森下忠『刑法適用法の理論』成文堂(2005年)252頁も参照)に基づいてドイツ刑法が適用できるようになった。ただし、ドイツ刑事訴訟法153条fに基づく訴追裁量によって同法典1条に基づく世界主義の行使には一定の歯止めがかけられている。また、ドイツ刑法111条に該当しうるジェノサイドの公然の扇動(ジェノサイド条約3条(c)、ICC規程25条3項(e))も同法典1条の世界主義には服さない。これらについては、*Kai Ambos*, VStGB § 1, in: *Wolfgang Joecks/Klaus Mießbach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 8 (Nebenstrafrecht III Völkerstrafgesetzbuch), 2. Aufl., München 2013, Rn. 6-9; *Kreß*, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 112 f. も参照。

ゆえに、結局のところ、ドイツ刑法においても、ジェノサイド条約2条の定義が、ドイツ刑法旧220条aを経由して、現行の国際刑法典6条に至るまで連綿と継受されているといえる<sup>9)</sup>。

## 1. 2. 本稿の問題意識——中級レベルの関与者の「正犯性」

本稿の目的は、このドイツ刑法上およびICC規程をはじめとする国際刑法上のジェノサイドについて、近時のドイツの判例を契機として、ICTY、ICTRおよびICCの裁判例なども適宜参考にしながら、広範囲に及ぶジェノサイドの全体的状況・全体的行為<sup>10)</sup> (Gesamttat) (以下「ジェノサイド活動: genocidal campaign」という) が存在している場合に、当該活動を自ら作り出したり、指導したりしたわけではなく、また、殺害などのジェノサイドの個別的行為 (Einzeltat) を直接的に自ら実行していたわけでもないが、しかし、ジェノサイドに積極的に加担している者 (中級レベルのジェノサイド関与者) について、その者のジェノサイドの正犯性をどのように根拠づけることができるのか、ということ进行を明らかにするための検討を行うことにある。

たしかに、本稿の主要な検討対象はドイツ刑法上のジェノサイドである。そのため、本稿における議論は、ドイツ刑法上の議論に最も適合的であるとも評しうる。しかしながら、本稿における議論は、ICC規程などを対象とする国際刑法上の議論にとっても重要な意義がある。というのも、上記1.

9) なお、ドイツの実務家 (Jürgen Schäfer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Völkerstrafrecht, in: Christoph Safferling/Stefan Kirsch (Hrsg.), Völkerstrafrechtspolitik – Praxis des Völkerstrafrechts, Berlin/Heidelberg 2014, S. 243) によれば、ドイツの刑事司法実務に占める国際刑法関連事案の件数について、BGHにおける刑事事件の年間処理件数約3,000件と比較してみても、1990年から2000年にかけてBGHに係属した当該事案が10件程度であるため、国際刑法はドイツの刑事司法実務において統計的には「周辺の役割」(eine marginale Rolle) しか果たしていないとされている。もっとも、同書 (ebd. S. 243) では、件数が少ないからといって、ドイツにおける国際刑法が、実務上重要でなかったわけではなく、「その逆である！」(Im Gegenteil!) ことも強調されている。

10) ジェノサイドの「状況的要素」(contextual element) については、後藤 (前掲注1) 360頁以下を参照。



( 8 ) ジェノサイドにおける「行為支配」と「破壊する意図」

1で指摘したように、ICC規程などにおけるジェノサイドの定義は、ドイツ刑法におけるそれとほぼ同一の内容であるのであって、かつ、ICCの判例では、下記1. 3や4. 1などでも言及するように、ドイツ刑法に色濃く影響を受けて「行為支配論」が採用されているため、ドイツ刑法におけるジェノサイドの正犯性をめぐる議論は、国際刑法における当該議論にも十分に転用可能であるからである。

そもそも、ジェノサイドは、通常、大規模な組織犯罪として行われることがほとんどである。この場合、ジェノサイドという犯罪現象の全体を俯瞰してみれば、客観的に、ジェノサイドへの寄与の程度や度合の異なる（そして、地位や立場も異なる）多数人が関与しているだけでなく、主観的にもさまざまな関与者の意思、意図、認識、動機、思惑などが混在している。そのため、これらの複雑な関与状況および心理状態のうちのいかなる事情に基づいて、各個人にジェノサイドの正犯性を根拠づけることができるのか、が問題となる。

この場合、一般的に、ジェノサイドにおける多数人の関与者は、大まかに上級・中級・下級という3段階程度のレベルに区分けすることができる<sup>11)</sup>。すなわち、ジェノサイドには、(1) 共同体や社会の全般にわたるジェノサイド活動を計画し、かつ、推進している政治的・軍事的な指導者ないし精神的な指導者 (*spiritus rector*) などの上級レベルの関与者、(2) 上級レベルの者からの指示を伝達したり、その方針的な指示を具体的な実施計画として立案・起案したり現場で指示したりする中間管理職などの中級レベルの関与者、および、(3) 中級レベルの者からの指示などに従って実際にジェノサイドの個別的行為——ICC規程6条(a)から(e)までの5つの構成要件該当行為——を直接的に実行したり援助したりしている下級レベルの関与者という3つの異なるレベルでの関与の仕方がありうる。

ジェノサイドに対する多元的な関与者をこのように大まかに3つに区別した場合、上級・下級レベルの関与者について、ジェノサイドの正犯性を

---

11) *Kai Ambos*, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. II – The Crimes and Sentencing, Oxford 2014, pp. 27 *et seq.*; *Kreß*, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 98; *Hans Vest*, *Genozid durch organisatorische Machtapparate – An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit*, Berlin 2002, S. 236 ff., insbes. S. 240.



問うことは、中級レベルの関与者のそれに比べれば、実はそれほど難しいことではない。というのも、上級レベルの関与者は、通常、ジェノサイド活動を創出し、かつ、指導していることに、下級レベルの関与者は、直接的に個別の行為を実行していることに、それぞれジェノサイドの正犯性の根拠を求めていくことができるからである。他方で、中級レベルの関与者については、自らがジェノサイド活動を創出・指導しているわけでもなければ、自らが直接的に実行行為を行っているわけでもないことが多い。そのため、中級レベルの関与者の正犯性をどのように根拠づけることができるのかは、必ずしも自明のことではない。実際、本稿が検討の素材とする事件では、このような中級レベルの関与者が問題となっていたのであるが、同種同一の殺害行為に被告人が積極的に加担していたと事実審でも上告審でも認定された事案であるにもかかわらず、一方では、事実審のようにジェノサイドの「幫助犯」とみなされ、他方では、上告審のようにジェノサイドの「共同正犯」とみなされるなど、結論が「正犯」と「共犯」とに分かれていたのである。

### 1. 3. 本稿の検討課題——「行為支配」と「破壊する意図」

では、このような中級レベルの関与者について、どうすればジェノサイドの正犯性を根拠づけることができるのであろうか。この問題には、大きく2つの側面がある。すなわち、一方の側面には、「行為支配」という——ジェノサイドに限らず一般的に——正犯性を根拠づけるとされている基準の問題があり、他方の側面には、ジェノサイドの正犯性を根拠づけている「破壊する意図」という特別の主観的要素の問題がある。

前者の側面について、中級レベルの関与者についてジェノサイドの正犯性を根拠づけるためには、まず、当該関与者が「行為支配」を有していなければならない。この点、ドイツ刑法の通説、現在の国際刑法の最有力説およびICCの判例は、いわゆる「行為支配論」(Tatherrschaftslehre; control over the crime theory)に基づいて、そのような正犯性を根拠づける基準としての「行為支配」(Tatherrschaft; control over the crime)が必要である——ドイツの判例でも少なくとも手掛かりにはなる——とされている。

この正犯性を根拠づける「行為支配」という概念は、一般的に、極めて多義的に使用されているが、本稿では、差し当たり、以下のような意味で使

用する。すなわち、当該犯罪の「中心人物としての正犯の指針を志向する」(orientiert an der Leitlinie des Täters als der Zentralgestalt)概念<sup>12)</sup>、あるいは構成要件の「実現事実を第1次的に帰せられるべきものとされる程度に大きな役割を演じ」ている者を構成要件実現の過程および結果に対する「支配」を有している者(中心的存在)<sup>13)</sup>として「正犯」とする概念である。

この「行為支配」という基準を充足させるためには、少なくとも客観的要素としての「本質的に重要な寄与」(wesentlicher Beitrag; essential contribution)が必要であるとされている。しかし、そもそも「行為支配」という基準を充足させる要素とはいったい何か(「本質的に重要な寄与」という客観的要素以外にも、犯罪の行動や結果に対する意思や認識などの主観的要素も含まれうるとされているが、それらに限られないのではないか)という問題や、「行為支配」という基準に必要とされる客観的要素としての「本質的に重要な寄与」の具体的な内容および中身(具体的に、何を・どうすることが「本質的に重要な寄与」なのか)については、本件のようなジェノサイドの場合に限らず、一般的に、直接的に犯罪の実行行為を行っていない者について、どのような事実から、どのような基準によって、「行為支配」を根拠づける「本質的に重要な寄与」などにあたる(いくつかの)事実を選び出し、かつ、評価できるのかについて、依然として見解の一致には至っていない。実際、少なくとも本件の場合、ジェノサイドの客観的構成要件について事実審で認定された事実は上告審でも維持されていたにもかかわらず、その判断の基底に置かれる事実の射程範囲や当該事実に対する実際の評価方法が異なっていたことも1つの原因となって、事実審では「幫助犯」とされていたのに対し、上告審では「共同正犯」とされ、結論に「正犯」と「共犯」の差異を生じさせていたのである。ゆえに、どのような

---

12) Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl., Berlin/Boston 2015, S. 113, 527 ff.

13) 井田良『刑法総論の理論構造』成文堂(2005年)294頁以下および348頁以下、同『講義刑法学・総論』有斐閣(2008年)435頁以下および461頁以下などを参照。なお、国際刑法における「行為支配」論の意義と妥当性については、後藤啓介「国際刑事法における行為支配論と共同正犯(1)——2014年12月1日の国際刑事裁判所ルバンガ事件上訴裁判部判決を契機として——」垂細亜法学50巻1号(2015年)22(169)頁以下、42(149)頁以下も参照。

事実（要素）から、どのような評価方法（評価基準）に基づいて、実行行為を直接的には行っていない者の正犯性を認定することができるのかは、ジェノサイドにおける中級レベルの関与者の正犯性の問題を考える場合にも、最重要課題の1つといえる。

もちろん、この問題が一般化されて議論される場合、すなわち、およそ正犯性を根拠づける基準とは何かという問いが発せられる場合、すでにドイツでも無数の議論が積み重ねられ、依然として明確な見解の一致がないという現状にあることは、先ほども述べた通りである。ゆえに、本判決の検討（のみ）によってこの難問を一挙に解決することが期待できるわけではない。しかし、ジェノサイドにおける正犯性の問題をめぐっては、その認定の際に具体的に考慮された事情が何であったのかについて——通常犯罪と比較しても事例の件数が少なく、また、諸種の国際刑事法廷における事例研究もまだ日独の国内刑法における判例研究ほどには進展していないという意味では——今までドイツでも日本でも国際刑法学全体でもまだ議論が十分に尽くされているわけではない。そのため、本稿で、具体的な事例の検討を通じてジェノサイドにおける正犯性を認定する際に、判断の基底となった事実の実態や、実際の判断における評価方法を明らかにし、正犯性が認定される具体的な事例を類型化していくことには、これまでの無数の議論に、1つの具体的な素材を新たに付け加えることができるという点で、意義があるように思われる。

後者の側面について、そもそも、ジェノサイドの定義では、国際法上の規定であるかドイツ刑法の規定であるかを問わず、特定の集団を「破壊する意図」が一貫して要求されている。この意図は、ジェノサイドの定義の中で最重要の犯罪構成要件要素である。というのも、この意図をもって行為が行われるからこそ、人を殺す行為が、単なる国内法上の通常犯罪としての殺人罪ではなく、「国際社会全体の関心事である最も重大な犯罪」である中核犯罪としての性質を帯びるからである。ゆえに、中級レベルの関与者のジェノサイドの正犯性をどのように根拠づけることができるのかという問題を検討するにあたっては、疑いの余地なく、この意図要件に対する考察が必要不可欠である。

もっとも、ジェノサイドにおける「破壊する意図」概念に対する理解をめぐっては、国際法上の議論であるかドイツ刑法上の議論であるかを問わ

( 12 ) ジェノサイドにおける「行為支配」と「破壊する意図」

ず、いくつかの争点がある。これを少し敷衍してみると、少なくとも、さらに以下の2つの論点 ( I ) および ( II ) が考えられる<sup>14)</sup>。

( I ) として、かつ、最も重要な論点の1つとして、ジェノサイドの正犯は、「破壊する意図」( *intent to destroy*; *Absicht [...] zu zerstören* ) を「目的」として有しているべきであるのか、又は「破壊する意図」の単なる「認識」でも足りるのか、という論点がある。この点、たしかに、ドイツ刑法上の「*Absicht*」という文言に注目すれば、この概念は、いわゆる「第1段階の故意」( *dolus directus ersten Grades* ) を想起させるため、正犯自身が「目的」などを有していなければならないことに疑問の余地がないようにも思われる。しかし、既述 ( 1. 1 ) のように、本来、このジェノサイドの定義にいう「*Absicht*」<sup>15)</sup> は、英語の「*intent*」<sup>16)</sup> のドイツ語訳なのであって、当初からドイツ法に固有の概念であったわけではなく、また、近時、ある地域で広範囲に及ぶジェノサイド活動が発生している場合に、もしも中級・下級レベルの関与者についてジェノサイドに固有の目的が積極的に肯定できな

---

14) 「破壊する意図」については、「集団の全部又は一部」ないし「その集団自体」など当該意図概念に付随する文言の解釈や、「意図の証明」などの問題をめぐってさまざまな論点が存在している。これらの問題に関する邦文献としては、例えば、稲角光恵「集団殺害犯罪——ジェノサイド罪」村瀬信也=洪恵子〔編〕『国際刑事裁判所——最も重大な国際犯罪を裁く〔第2版〕』東信堂（2014年）所収85頁以下、木原正樹「国際刑事裁判所と国際犯罪処罰——『ジェノサイド罪』をめぐって」大久保史郎〔編〕『グローバリゼーションと人間の安全保障』日本評論社（2007年）所収320頁以下、後藤啓介「ジェノサイドの『破壊する意図』と五つの個別的行為類型に関する一試論——現行日本刑法でのカバレッジという観点から——」法学雑誌タートンヌマン11号（2009年）120頁以下、瀬川博義『忘れ去られたアルメニア人虐殺——ジェノサイド犯罪の防止及び処罰に関する事例研究』三恵社（2004年）13頁以下、前田朗『ジェノサイド論』青木書店（2002年）93頁以下、増田隆「ジェノサイドにおける超過的内心傾向について」早稲田大学院法研論集124号（2007年）179頁以下、森下忠『国際刑法学の課題』成文堂（2007年）所収200頁以下、山本紘之「意図・目的概念についての一考察——ジェノサイドにおける解釈を契機として——」大東法学18巻1号（2008年）177頁以下などがある。

15) 上記のドイツ国際刑法典6条の定義を参照。

16) 上記のジェノサイド条約2条の定義を参照。

いという理由から——例えば、集団の破壊よりも自己の保身という目的が主たる目的であったために——積極的に殺害行為に加担した当該関与者をジェノサイドの幫助犯としてしか評価しないのであれば、ジェノサイドの成立範囲が不当に狭すぎるという批判が提起されるようになった。そして、このような批判を唱える論者（ドイツの国際刑事法学説を含む）は、ジェノサイドの成立範囲を過度に縮小しないようにするため、国際刑法上の「intent」（とりわけ、ICC規程30条参照）をめぐる文言の解釈に注目して、ジェノサイドの正犯は、「破壊する意図」の単なる「認識」でも足りるとする見解を提唱しているのである。

（Ⅱ）として、このような批判にもかかわらず、それでもなおジェノサイドの正犯が集団を破壊する「目的」を有している必要があるとすれば、それは「最終目標」なのか「中間目標」なのかという議論がある。この議論は、実際には、学説の対立として顕在化した争点というよりは、むしろ、ドイツの判例によって浮き彫りにされた論点である。具体的には、本件の事実審および上告審が「破壊する意図」をいずれも「目的」と理解していたにもかかわらず、事実審が被告人の「破壊する意図」を否定したのに対して、上告審がそれを肯定したことには、この議論が重要な影響を及ぼしている。また、この議論は、「破壊する意図」を「目的」と把握する立場からすれば、ジェノサイドの正犯は「破壊する意図」の単なる「認識」でも足りるとする見解が批判しているような、ジェノサイドの成立範囲が不当に狭すぎるという批判を克服するためにも必要な議論である。

要約すれば、本稿の検討課題は3つである。すなわち、第1に、ジェノサイドの正犯性を根拠づける基準としての「行為支配」について、ジェノサイド活動を首謀者として創出・指導しているわけでもなければ、自らが直接的に実行行為を行っているわけでもない者がジェノサイドの正犯として「行為支配」を有しているという場合、「行為支配」の有無は、どのような事実を、どのように評価することによって判断することができるのか。第2に、ジェノサイドの特別の主観的要素について、ジェノサイドの正犯は「破壊する意図」を「目的」として有しているべきであるのか、又は「破壊する意図」の単なる「認識」でも足りるのか。そして、第3に、同様に特別の主観的要素について、ジェノサイドの正犯が集団を破壊する「目的」を有している必要があるとすれば、それは「最終目標」なのか、又は「中

間目標」なのか。本稿は、この3つの課題について検討することを目的とする。

#### 1. 4. 検討の方法と手順

以上の3つの検討課題について詳述するにあたっては、ドイツの刑事司法が1994年のルワンダのフツ族によるツチ族に対するジェノサイドの共同正犯を初めてドイツ刑法旧220条 a（現在はドイツ国際刑法典6条）およびドイツ刑法25条2項に基づいて訴追・処罰したいいわゆるルワブコンベ事件におけるドイツの判例を中心に、ICTY、ICTRおよびICCの裁判例なども適宜参考にする。なお、なぜドイツの判例におけるジェノサイドの議論をICTY、ICTRおよびICCの裁判例などと横断的に検討することが許されるのかといえ、それは、既述（1. 1および1. 2）のように、ドイツ刑法旧220条 a（現・ドイツ国際刑法典6条）におけるジェノサイドの定義とジェノサイド条約2条からICC規程6条までの諸種の国際刑事法廷の諸規程におけるジェノサイドの定義との間にも、実質的な差がほとんどなく<sup>17)</sup>、実際に、ジェノサイドについて議論する際、ドイツの判例がICTY、ICTRおよびICCのことに言及<sup>18)</sup> することもあれば、逆に、国際裁判例がドイツの判例やドイツの法を引用<sup>19)</sup> することもあるなど——相互の見解が完全に一致しているわけではなく、見解の対立がある論点もあるが——交互に参照し合っている部分もあるからである。

---

17) 実質的な相違としては、例えば、ICC規程6条(c)にいう「身体的破壊をもたらすことを意図した生活条件を故意に課すること」における「意図した」(calculated to)という主観的要件が、同法典6条1項3号では、「身体的破壊をもたらすのに適した[geeignet]生活条件を課す」という客観的要件に変更されていることなどがある。これについては、例えば、*Kreß*, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 54; オステン＝久保田（前掲注7）27頁注21など参照。

18) 例えば、BGHSt 45, 64 (67) = BGH, Urteil des 3. Strafsenats vom 30.04.1999 – 3 StR 215/98 –, juris, Rn. 8 f.; BVerfG NStZ 2001, 240 (241-243) = BVerfG, Nichtannahmebeschluss der 4. Kammer des 2. Senats vom 12.12.2000 – 2 BvR 1290/99 –, juris, Rn. 27, 32-34, 36, 46 など参照。

19) 例えば、ICTY 2001年8月2日第一審裁判部判決 (*Krstić*, IT-98-33-T), para. 589; ICTY 2004年4月19日上訴裁判部判決 (*Krstić*, IT-98-33-A), para. 141 など参照。



以上のような素材を用いた検討により、本稿では、自らがジェノサイド活動を創出・指導しているわけでもなければ、自らが直接的に実行行為を行っているわけでもない中級レベルの関与者について、必要とされる要件がすべて充足される場合、ジェノサイドの正犯性を根拠づけることが理論的にも十分に可能であることを明らかにしてみたい。

検討の順序としては、まず、下記2で、議論の基礎となるルワブコンベ事件の事実の概要、および、裁判の経緯を概観する。次に、下記3で、本件判決の要旨および意義を確認する。そして、第1の検討課題について、下記4で、「幫助犯」なのか又は「共同（間接）正犯」なのかという形で争点化していた正犯性を根拠づける基準（行為支配）について、事実審で認定された客観的構成要件に関する事実が上告審でも維持されたにもかかわらず、どのような事情が、どのように評価されていたために、事実審と上告審とで結論を相違することになったのか、本件の場合にそれぞれで重視されていた事実とその評価基準を明らかにし、それらの可否を検討する。具体的には、(i) 事実審と上告審との間では、正犯性の認定にあたって評価の対象となる「事実」について、実際には、無数にある客観的な生の「事実」のうち、いかなる「事実」が重視され又はされなかったのか、また、(ii) 事実審と上告審との間では、正犯性の認定にあたって、実際には事実に対するどのような「評価方法」の違いが生じていたのかを比較・検討する。そして、それぞれに評価されるべき点と、問題とされるべき点の両方があることを指摘し、結論として望ましい正犯性（行為支配）の認定方法とは何かについて付言する。次に、第2の検討課題について、下記5で、「破壊する意図」という概念が、「目的」であるのか「認識」であるのか、あるいは関与者のレベルに応じて折衷的に理解されるのか、この概念の解釈をめぐる基本的な議論の対立軸を明らかにし、そして、結論として「目的」と理解することが妥当であることを明らかにする。その後、第3の検討課題について、下記6で、この「目的」が「最終目標」でなければならないのか又は「中間目標」でも足りるのか、というさらなる争点について、前者の見解が妥当であることを明らかにする。最後に、下記7で、以上の検討の結果を総括し、自らがジェノサイド活動を創出・指導しているわけでもなければ、自らが直接的に実行行為を行っているわけでもない中級レベルの関与者についても、少なくとも同人が、ジェノサイド活動のある状況下



で、ジェノサイドの所定の個別的行為に対する行為支配を有し、かつ、破壊する意図（目的＝中間目標）をもって行動している場合、ジェノサイドの正犯性を根拠づけることが十分に可能になるということを明らかにし、改めて、日本刑法におけるジェノサイドの国内法化の必要性を提言してみたい。

## 2. ルワブコンベ事件の概略

では、本稿が検討の対象としているルワブコンベ事件とは、具体的には、いったいどのような事件であったのであろうか。本節では、まず、すべての検討の基礎となる同事件の概要を確認し（下記2.1）、次に、同事件における裁判の経緯を概観する（下記2.2）。

### 2.1. 事実の概要

ルワブコンベ事件について、事実審である2014年2月18日のフランクフルト・アム・マイン上級州裁判所（Oberlandesgericht: OLG）第5刑事法廷判決<sup>20)</sup>によって認定された事実は、概ね以下の通りである。なお、この事実認定は、上告審である2015年5月21日の連邦通常裁判所（Bundesgerichtshof: BGH）第3刑事法廷判決<sup>21)</sup>でも、ほぼ是認されている<sup>22)</sup>。

被告人ワンスフォール・ルワブコンベ（*Onesphore Rwabukombe*）は、1957年にルワンダで生まれたフツ族であるが、1988年に当時のルワンダ大統領で、かつ、フツ族であったジュベナール・ハビヤリマナ（*Juvénal Habyarimana*）から任命されて以来、北部ルワンダにある人口約6万5,000人のムヴンバ市（*Gemeinde Muvumba*）の市長であった<sup>23)</sup>。なお、ルワンダにおける市長などの行政官は、「管理人」（*Verwalter*）とも呼ばれ、地元

---

20) OLG Frankfurt a. M., Urteil des 5. Strafsenats vom 18.02.2014 – 5 - 3 StE 4/10 - 4 - 3/10 -, juris. 以下、本稿で本判決に言及・引用などする際は、「事実審OLG」と略記することがある。また、本判決の評釈としては、*Gerhard Werle/Boris Burghardt, Der Völkermord in Ruanda und die deutsche Strafjustiz – Zugleich eine Besprechung des Urteils des Oberlandesgerichts Frankfurt a.M. vom 18.2.2014 (Fall Onesphore R.), Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (zit.: ZIS), Bd. 1 (2015), S. 46-56* がある。

の名士として普段から住民の強い尊敬を受け、かつ、実際に住民らに強い影響を及ぼすことができた<sup>24)</sup>。1990年10月、折からの内戦の激化に伴い、被告人は多くの市民と共にムヴンバ市を離れることを余儀なくされ、1993年2月には、後の1994年4月11日のいわゆる「キジグロの教会虐殺」(“Kirchenmassaker von Kiziguro”)の犯行現場となったキジグロがある南部ルワンダのムランビ市 (Gemeinde Murambi) に到着した<sup>25)</sup>。

到着後、被告人は、ムランビ市の市長で、フツ族であったジャン＝バプティステ・ガテテ (Jean-Baptiste Gatete) と共に、ムランビ市でも有力者 (Autoritätspersonen) の1人として地域の政治に深く関与し、ムヴンバ市出身の者だけではなく、ムランビ市出身の者にも権威が認められるようになった<sup>26)</sup>。ガテテは、ツチ族を差別するフツ・パワー・イデオロギー (フツ族至上主義) の熱狂的な支持者であった<sup>27)</sup>。他方、被告人は、市長としてはツチ族とフツ族を区別せずに取り扱い、出身民族にかかわらず市民を保護しようとしたり、フツ族市民とツチ族市民との融和を図ったりした一

---

21) BGH, Urteil des 3. Strafsenats vom 21.05.2015 - 3 StR 575-14 -, juris. 以下、本稿で本判決に言及・引用などする際は、「上告審BGH」と略記することがある。また、本判決の評釈としては、*Kai Ambos/Christopher Penkuhn, Beteiligung am Genozid in Ruanda und Zerstörungsabsicht – Zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. v. 21.05.2015 – 3 StR 575/14, StV 2016, 738 (in diesem Heft) –, Strafverteidiger (StV), Heft 11 (2016), S. 760-764; Lars Berster, Entscheidungsanmerkung – BGH, Urt. v. 21.05.2015 – 3 StR 575/14 (OLG Frankfurt a. M.) – Völkermord in Ruanda – zum Merkmal der Zerstörungsabsicht, ZIS, Bd. 1 (2016), S. 72-74; Boris Burghardt, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofes vom 21. Mai 2015 – Mittäterschaft bei Völkermord, JZ 2016, S. 106-108; Christoph Safferling/Johanna Grzywotz, Die Völkermordabsicht nach Karlsruher Meinung – Zugleich Besprechung zu BGH, Urt. v. 21. 5. 2015 – 3 StR 575/14, Völkermord in Ruanda, JR 2016, 213 (in diesem Heft) –, Juristische Rundschau (zit.: JR), 2016, S. 186-192 がある。*

22) 上告審BGH, Rn. 29.

23) 事実審OLG, Rn. 113.

24) 事実審OLG, Rn. 159, 623.

25) 事実審OLG, Rn. 116-118.

26) 事実審OLG, Rn. 113, 215 ff., 220, 624.

27) 事実審OLG, Rn. 222.

方で<sup>28)</sup>、ツチ族に対して極めて攻撃的な言動をも示しており（いわゆるプロバガンダやヘイトスピーチなど）<sup>29)</sup>、ツチ族に対する態度は必ずしも一定のものではなかった<sup>30)</sup>。

1994年4月6日、ルワンダの大統領機が撃墜され、ハビヤリマナら死亡がすると、ツチ族は、大統領暗殺の実行犯とされたルワンダ愛国戦線（Front Patriotique Rwandais: FPR）——ツチ族難民によって構成された当時の反政府組織であるが、その後、ルワンダ政府与党の母体となった——の共犯とみなされ、「国家の敵」として組織的に迫害され、最終的には、1994年4月6日から7月18日までの約3カ月の間に50万から100万人のツチ族が犠牲となった「ルワンダのジェノサイド」にまで発展した<sup>31)</sup>。なお、1991年のルワンダでは、フツ族という民族的な集団は、全体の約9割を占める圧倒的な多数派であったのに対して、ツチ族は全体の約1割を占めているにすぎなかった<sup>32)</sup>。そして、国外に脱出することなどでこのジェノサイドを生き延びることができたのは、ツチ族全体のわずか4分の1のみであった<sup>33)</sup>。

1994年4月7日早朝、大統領機撃墜の一報がラジオで伝えられると、ムランビ市でもツチ族の殺害が始まった<sup>34)</sup>。国外などに脱出できた者は極わずかであり、多くのツチ族が、自宅などからキジグロの教会やその近くにある病院などに逃げ込んだ<sup>35)</sup>。

---

28) 事実審OLG, Rn. 231, 326.

29) 事実審OLG, Rn. 227, 232, 327-329.

30) 「被告人にはツチ族に対する矛盾した態度」(ambivalente Haltung des Angeklagten gegenüber den Tutsi)があったとされている。事実審OLG, Rn 226-232, 324-329.

31) 事実審OLG, Rn. 199 ff. 「ルワンダのジェノサイド」に関する邦文献としては、例えば、フィリップ・ゴレーヴィッチ〔著〕＝柳下毅一郎〔訳〕『ジェノサイドの丘——ルワンダ虐殺の隠された真実（上・下）』WAVE出版（2003年）、マーサ・ミノウ〔著〕＝荒木教夫＝駒村圭吾〔訳〕『復讐と赦しのあいだ——ジェノサイドと大規模暴力の後で歴史と向き合う』信山社（2003年）、武内進一『現代アフリカの紛争と国家——ポストコロニアル家産制国家とルワンダ・ジェノサイド』明石書店（2009年）などがある。

32) 事実審OLG, Rn. 139.

33) 事実審OLG, Rn. 208.

34) 事実審OLG, Rn. 234.

1994年4月10日、インタラハムウェ (Interahamwe) の民兵、ルワンダ軍 (Forces Armées Rwandaise: FAR) の兵士、警察官、ムランビ市およびムバンバ市の武装した市民から成る数百人の攻撃者ら<sup>35)</sup>は、多数のツチ族が教会に逃げ込んでいることを聞き及び、教会を包囲した<sup>36)</sup>。しかし、攻撃者らは、ガテテや被告人らをはじめとする「管理人」らの指示がなかったために攻撃を開始せず、また、指示がなければ連携した攻撃をすることもできなかった<sup>37)</sup>。同日、ガテテや被告人やNなどをはじめとする「管理人」らによる会合が開催され、翌朝、教会を攻撃し、同地にいるすべてのツチ族を殺害すること、および、戦力強化のためにガビロ (Gabirol) から兵士を連れて来ることが決定された<sup>38)</sup>。また、攻撃に先立って、ガテテや被告人らは教会に出向き、教会を立ち去らなければ攻撃で殺害される可能性がある旨を司祭らに対して通告し、司祭らを教会から退去させた<sup>39)</sup>。

1994年4月11日の早朝から正午にかけて、ガテテ、被告人およびN、Kなどの他の有力者ら (氏名および数不詳) は、攻撃を指揮するため、教会に赴いた<sup>40)</sup>。そして、ガテテによる「仕事しろ」——この「仕事」という言葉は、当時のルワンダでは、ツチ族の「殺害」を意味する婉曲表現であった<sup>41)</sup>——との号令に基づいて<sup>42)</sup>、すでに教会を包囲していた数百人の攻撃者ら<sup>43)</sup>が、キジグロの教会の敷地に避難していた少なくとも400人の (大多数がツチ族) をマチューテや槍などの武器を用いて激しい苦痛を伴う極め

---

35) 事実審OLG, Rn. 235, 242.

36) 事実審OLG, Rn. 253 f.

37) 事実審OLG, Rn. 245.

38) 事実審OLG, Rn. 246.

39) 事実審OLG, Rn. 251.

40) 事実審OLG, Rn. 250.

41) 事実審OLG, Rn. 256.

42) この点、事実審OLG, Rn. 621 によれば、ルワンダでは、ジェノサイドについて叙述する場合、「仕事」という概念は、今日でもなお、一般的に「殺害」の同義語として使用され、被害者でさえも、攻撃者らによる殺害を「仕事」と呼称しているとされている。

43) 事実審OLG, Rn. 260.

44) 事実審OLG, Rn. 253 f.

て残酷な方法で殺害し、強姦し、かつ、食料品や貴重品を略奪した<sup>45)</sup>。この殺害に先立って、攻撃者らは、教会の敷地内にいた被害者らを中庭に集合させ、その身分証明書を確認し、ツチ族とフツ族とを選別した上で、フツ族との記載があった10名程度についてはその場から立ち去ることを許可した<sup>46)</sup>。その後、証拠を隠滅するため、攻撃者らは、生き残っている者——彼らも後に偶然に助かった一部を除いて殺害された——をも使役して死体を殺害現場から350mほど離れた場所に移動させて穴に投げ込んで、土を被せた<sup>47)</sup>。ツチ族の生存者をそれ以上発見できず、かつ、FPRによるキジグロ占領が間近に切迫しているという理由から、殺害は1994年4月11日の夕方頃には終了した<sup>48)</sup>。

当該攻撃の開始時、被告人も、ガテテの隣に立っており<sup>49)</sup>、攻撃者らに対し、「手を貸せ!」、「ちょっと手を貸せ!」、「仕事しろ」、「お前らの仕事を始めろ!」などと大声で呼びかけ、攻撃者らがガテテの命令に従うよう積極的に働きかけた<sup>50)</sup>。攻撃者らは、「仕事しろ」という要求が、攻撃を開始し、かつ、教会の敷地に逃げ込んでいる者らを持参した武器で殺害しろという命令の意味であると理解していた<sup>51)</sup>。また、被告人らのような地元の有効者が現場にいたことは、自分たちの行為は「正しい」ものであると攻撃者らに思わせるものであった<sup>52)</sup>。犯行の途中で、被告人は、殺害の進捗状況について問い合わせ、教会に逃げ込んでいたすべての者を殺害することをFPRが来るよりも前に確実なものとするため、ガテテらと共に公用車ほか数台の車を使ってさらなる加勢（援軍全体の氏名および数は不詳だが、市長であった被告人の命令に従って連れて来られたムンバ市の出身者若干名を含む）を教会にまで引き連れて来た<sup>53)</sup>。増援を連れて来た後も、

---

45) 事実審OLG, Rn. 253, 264-267, 277, 281.

46) 事実審OLG, Rn. 263, 278.

47) 事実審OLG, Rn. 270 f.

48) 事実審OLG, Rn. 276.

49) 事実審OLG, Rn. 261.

50) 事実審OLG, Rn. 262.

51) 事実審OLG, Rn. 621.

52) 事実審OLG, Rn. 256, 259.

53) 事実審OLG, Rn. 272.

被告人は、殺害をさらに続行すること、死体を搬送すること、それらを急ぐことなどを攻撃者らに指示し<sup>54)</sup>、さらに、教会を包囲させ、現場にいる者が逃亡できないように見張らせた<sup>55)</sup>。また、教会の近所にある病院に逃げ隠れている者らを教会に連れて来るようにも命令した<sup>56)</sup>。

FPRの進攻に伴い、被告人は、1994年4月29日にはタンザニアとの国境付近にまで逃亡し、その後、アフリカ諸国を転々と避難したのち、2002年8月21日にドイツのフランクフルト・アム・マインに到着した<sup>57)</sup>。ドイツ亡命後、被告人は、難民庇護を申請し、当初、外国人難民認知局（現・連邦移民難民局）によって申請は却下されたものの、裁判の結果、2006年11月23日、被告人は、難民認定された<sup>58)</sup>。この間、被告人は家族と共にドイツで生活し、ドイツの社会にもよく適合していた<sup>59)</sup>。

## 2. 2. 裁判の経緯

2007年10月31日、ドイツの当局は、ルワンダの検察から、2007年7月19日付の起訴状および同年8月19日付の拘禁命令を送達され、被告人の逮捕および引渡しを要請を受けた<sup>60)</sup>。しかし、2008年11月6日、フランクフルト・アム・マインOLG第2刑事法廷は、ルワンダでは公正な手続が保障されていないという理由から、被告人の引渡しを是認しなかった<sup>61)</sup>。

2010年7月26日、BGHの捜査裁判官は、これまでの前科がない被告人に対する拘禁命令を下したため、被告人は逮捕され、2011年1月18日には、すでに犯行から17年近く経過していた1994年のルワンダのジェノサイドに関与した者<sup>62)</sup>に対するドイツ初の裁判が開廷された<sup>63)</sup>。

---

54) 事実審OLG, Rn. 273.

55) 事実審OLG, Rn. 274.

56) 事実審OLG, Rn. 275. ただし、病院に逃げ込んでいた被害者がどうなったのかについての認定を裁判所は行っていないため、その限りでは、病院に逃げ込んでいた者については本件の被害者とは認定されなかった。これに対する批判としては、*Werle/Burghardt, a.a.O. (Fn. 20) S. 50 f.*を参照。

57) 事実審OLG, Rn. 120-126.

58) 事実審OLG, Rn. 127.

59) 事実審OLG, Rn. 128 f.

60) 事実審OLG, Rn. 132.

( 22 ) ジェノサイドにおける「行為支配」と「破壊する意図」

2014年2月18日、3年以上も続く公判を経て、フランクフルト・アム・マインOLG第5刑事法廷（事実審OLG）<sup>64)</sup>は、被告人に対してドイツ刑法<sup>65)</sup>旧220条a第1項1号、27条に基づくジェノサイドの幫助犯を理由に、14年の自由刑を言い渡した。これに対して、検察および4人の公訴参加人（Nebenkläger）は、被告人は、ジェノサイドの幫助犯ではなく、ジェノサイドの正犯であるなどとして上告した。また、被告人も上告した。

2015年5月21日、この上告に基づいて、BGH第3刑事法廷（上告審BGH）<sup>66)</sup>は、原判決を破棄し、かつ、新たな公判のため、事件を上級州裁

---

61) OLG Frankfurt a. M. NSTZ-RR 2009, 82 = OLG Frankfurt a. M., Beschluss des 2. Strafsenats vom 06.11.2008 – 2 Ausl A 175/07 –, juris, Rn. 2.また、ICTRにおける事件処理能力の限界という観点から、ICTRでの訴追・処罰は、ルワンダでのジェノサイドに主要な責任を有すると思われる者に対するものに限定されていたため、本件の被告人について、ICTRでの起訴や移送の請求などがなされることもなかった。これについては、Werle/Burghardt, a.a.O. (Fn. 20) S. 47 も参照。

62) 被告人との共犯関係にあったガテテは、本件の公判に先立ってすでにICTRにおいて訴追され、本件のキジグロの教会虐殺については、ICTR規程2条2項および6条1項に基づくジェノサイドの共同正犯（JCE: Joint Criminal Enterprise）として関与したことが、第一審裁判部（ICTR 2011年3月31日第一審裁判部第3法廷判決（*Gatete*, ICTR-2000-61-T), paras. 595-601）によっても、また、上訴裁判部（ICTR 2012年10月9日上訴裁判部判決（*Gatete*, ICTR-00-61-A), paras. 244-248）によっても是認されている。なお、共同正犯とJCEが、厳密には異なる概念であることについては、例えば、後藤啓介「日本刑法における共謀共同正犯と国際刑法における『正犯』概念に関する一考察——中核犯罪の『黒幕』とされる者は如何なる概念によって捕捉されるべきか——」法学政治学論究87号（2010年）43頁以下などを参照。

63) 事実審OLG, Rn. 132.

64) 前掲注20を参照。

65) なお、本件犯行当時に世界主義について規定していたドイツ刑法旧6条1号については、前掲注8で言及したように、BGHの判例に基づいてドイツ刑法の適用を正当化する連結点という意味でのドイツとの関連性が要求されていたところ、本件の場合も、被告人は、2002年8月21日以降、ドイツで生活していたのであるから、このような国内との関連性はすでに存在していたと認定された（事実審OLG, Rn. 725）。なお、被告人は、1982年から1985年にも奨学生としてドイツに留学していた（事実審OLG, Rn. 109）。



判所に差し戻した。この際、客観的構成要件に関する原審の認定については、法的な誤りがないため、ドイツ刑事訴訟法353条2項に従ってそのまま維持される一方、他方では、主観的構成要件に関する原審の認定には、新しい審理および決定が必要であるとして当該部分に関する認定は破棄された<sup>67)</sup>。なお、被告人による上告は、理由がないとして棄却された。また、同日の同法廷による決定<sup>68)</sup>では、ドイツ刑事訴訟法154条1項2号、154条a第1項1文、2文および2項に従って、連邦検事総長 (Generalbundesanwalt) および公訴参加人の同意により、被告人のジェノサイドの罪責の範囲は、1994年4月11日の「キジグロの教会虐殺」に限定されている。

2015年12月29日、フランクフルト・アム・マインOLG第4刑事法廷 (差戻審OLG)<sup>69)</sup>は、被告人に対して、ドイツ刑法旧220条a第1項1号、25条2項に基づくジェノサイドの共同正犯を理由に、終身自由刑を言い渡し、その際、責任の特別な加重を認定した。

要約すれば、本件では、被告人のジェノサイドに対する関与をめぐる、それを法的にどのように評価するのか、見解が3つに分かれていた。具体的には、検察側は、被告人がジェノサイドに「組織支配を利用した間接正犯」<sup>70)</sup> (ドイツ刑法25条1項2文) として関与していたと主張していた。他方で、事実審OLGは、ジェノサイドの「幫助犯」 (ドイツ刑法27条) として被告人を有罪とした (なお、事実審OLGは、被告人の共犯者らについて、本件の実行行為者である攻撃者らは、ドイツ刑法25条1項1文に基づく「直接正犯」<sup>71)</sup> として行為を行ったと認定する一方、他方で、事実上の最高司令官であったガテテは、ドイツ刑法25条1項2文に基づく「間接正犯」<sup>72)</sup> として行為を行ったと認定している)。しかし、上告審BGHは、被告人がジェノサイドの「間接正犯」でもなければ、「幫助犯」でもなく、「共同正犯」 (ドイツ刑法25条2項) として有罪となる可能性があることを示唆した。そして、差戻し後のOLGは、被告人を改めてジェノサイドの「共同正犯」とし

66) 前掲注21を参照。

67) 上告審BGH, Rn. 29.

68) BGH, Beschluss des 3. Strafsenats vom 21.05.2015 – 3 StR 575-14 –, juris.

69) OLG Frankfurt a. M., Urteil des 4. Strafsenats vom 29.12.2015 – 4 - 3 StE 4/10 - 4 - 1/15 –, juris. 以下、本稿で本判決に言及・引用などする際は、「差戻審OLG」と略記することがある。

て有罪としたのである。

なお、2016年7月26日にBGH第3刑事法廷によって上告が棄却されている<sup>73)</sup>ようであるが、いずれの側が上告したのか、これで事件が確定したのか否かなどの詳細は不明である。

---

70) 「組織支配を利用した間接正犯」は、ドイツの刑法学者クラウス・ロクシンによって基礎が考案され、要件の変遷を伴いつつも、ドイツの判例だけではなく、中南米やICCの判例にも継受されることで、現在では広く世界的に知られるようになった法概念である。ロクシンによれば、この概念の成立要件としては、①「命令権（上下関係のある組織の存在）」、②「法乖離性」、③「直接実行者の代替可能性」、および、④「直接実行者の高められた機動性」という4つの要件が挙げられている（ただし、近時の著作〔*Roxin*, a.a.O. (Fn. 12) S. 740 = Rn. 349 f.〕では、④の要件は、組織支配の独自の要件というよりは、①から③までの要件の「帰結」であるとされている）。また、ドイツの判例は、①「枠条件の創出」および「枠条件の利用」という2つの要件を特に重視している。これについて詳しくは、それぞれ、後藤啓介「間接正犯論の新展開——ドイツ刑法の現状が日本刑法に示唆するもの——」慶應法学24号（2012年）163頁以下、181頁以下、および、203頁以下を参照。

71) 事実審OLG, Rn. 738 ff.

72) 事実審OLG, Rn. 731 ff. 本件の被告人に対する直接の問題ではないが、被告人との共犯関係という意味では関連性を有することから、ガテテがなぜ「組織支配を利用した間接正犯」とされたのかを簡単に追究してみると、以下の通りである。すなわち、事実審OLGによれば、まず、本件の場合、ガテテを「事実上の最高司令官」(faktischer Oberbefehlshaber)として、そのガテテに従属している被告人らをはじめとする数名の「有力者ら」(Autoritätspersonen)がおり、さらに有力者である被告人らに従属して直接的に殺害行為を行った「単なる攻撃者ら」(die einfachen Angreifer)がいるという形での「事実上の上下関係」(faktische Hierarchie)が存在していたとされた(事実審OLG, Rn. 734)。また、この上下関係は、「法乖離的な権力機構」(ein vom Recht gelöster Machtapparat)であって、かつ、実行行為者らのいわゆる代替可能性——すなわち、もしも攻撃者らのうちの1人が教会に逃げ込んだツチ族の殺害を拒否して攻撃から脱落したとしても、すぐに他の攻撃者が脱落した攻撃者に取って代わることができること——も担保していたために、キジグロの教会虐殺におけるガテテの命令が確実に実施されることを保証していたとされ、その結果、ガテテは「正犯の背後の正犯」(Täter hinter dem Täter)であったとされた(事実審OLG, Rn.

### 3. 上告審BGH判決の判旨と意義

#### 3. 1. 判旨

以上の（裁）判例のうちで最も重要なのは、2015年5月21日の上告審BGHである。そこで、その判旨（Orientierungssatz）をみると、以下の通りである<sup>74)</sup>。

735)。そして、ガテテは、急進的なツチ族反対派の指導者として、ジェノサイドの「破壊する意図」を有していたとされた（事実審OLG, Rn. 736）。結局、本件の事実審OLGは、ガテテの間接正犯を認定するにあたって、ロクシンの提唱している要件——とりわけ、①上下関係のある組織の存在、②法乖離性、および、③代替可能性——を重視しているといえる。しかしながら、本件の事実審OLGによる認定については、本件の被告人はもとよりガテテにさえも、「組織支配を利用した間接正犯」を是認できるのかどうかには疑問が残る（この点、例えば、*Ambos/Penkuhn*, a.a.O. (Fn. 21), S. 762; *Safferling/Grzywotz*, a.a.O. (Fn. 21), S. 187; *Werle/Burghardt*, a.a.O. (Fn. 20), S. 51 ff.なども参照）。とりわけ、この概念の成立要件について、「上下関係的な組織の存在」——ドイツの判例の用語法でいえば「枠条件の創出」——という要件について、本件の場合にはそのような「組織」は存在していなかったのではないかと、この批判が可能である。すなわち、市長としての権威をもって多くの市民らを事実上服従させているというだけで、「組織支配を利用した間接正犯」の要件を充足させるほどの「組織」——ガテテや被告人を頂点とする上意下達の階層構造——があったといえるのかは疑問である。さらに、たとえ実際に制度化された組織（軍隊、警察、民兵など）の構成員などが攻撃者の一員に加わっていたとしても、これらの者は一体化された組織として上下関係的に構造化されていたわけではなく、その場限りの暴徒の寄せ集めにすぎないとも考えられる。いずれにせよ、上告審BGH, Rn. 12は、結局のところ、理由の詳細は明示せずに、「〔ドイツ〕刑法25条1項2文に基づく間接正犯となる『組織支配を利用した間接正犯』という法概念を再考する必要はない」と結論づけている。また、前掲注62で言及したように、ガテテの審理を担当したICTRも、ガテテをジェノサイドの「間接正犯」としてではなく、「共同正犯」として有罪としている（もっとも、ICTR規程上には「間接正犯」に関する明文規定は存在していない）。

73) BGH, 26.07.2016 – 3 StR 160/16, Revision verworfen.

74) 上告審BGH, Orientierungssatz.

( 26 ) ジェノサイドにおける「行為支配」と「破壊する意図」

1. 何人もジェノサイドの正犯となりうる。ゆえに、国又は軍の指導部集団だけが特に考慮されるわけではない。(Rn. 10)
2. ある関与者が自己の寄与によって単に他の者による構成要件を実現させる作為を促進させようとしているだけではなく、当該寄与が分業的な行動という意味で共同的な活動の一部であるというべきである場合、共同正犯となる。共同正犯の是認は、中核的事象における協働を必然的に必要とするものではない。たとえ直接の構成要件的な行動の準備段階における寄与であっても、かつ、たとえ行為の完成と終了との間の段階における寄与であっても、十分である。(Rn. 10)
3. 被告人は、ルワンダの地方自治体の市長としての自己の当時の権能の下で、すでにキジグロの虐殺の準備段階から関与し、かつ、教会墓地にいる攻撃者らに、ツチ族の殺害を速やかに完遂するよう要求し、これにより、被告人は、単に他の者による作為を促進させただけではなく、複数かつ固有の、行為支配意思によって担われた、行為にとって客観的に本質的に重要な寄与を、これらの自己の寄与を他の者による活動の一部とみなすことができ、かつ、逆に、他の者による作為を自己に固有の行為寄与の補充とみなすことができるほどに、共同の行為に付加した。(Rn. 11)
4. 被告人の行為態様は、たとえ被告人が自手的に殺害行為を行ったことが確定されていないとしても、ドイツ刑法25条2項に基づく直接共同正犯の客観的前提条件を充足する。(Rn. 12)
5. 被告人がジェノサイドの主観的構成要件の枠内で必要とされている、当該集団の全部又は一部を破壊する意図なしに行動していたとする上級州裁判所〔事実審OLG〕による認定は、法的に誤りのある証拠評価に基づいている。(Rn. 15)
6. ツチ族に対する被告人の2つの相反する行為態様については、OLGによる認定によれば、被告人は、ツチ族という民族集団に公的に反対するプロパガンダを告知する演説をしたとされ、被告人はそれを実行に移す準備をして

いたとされている一方、他方では、被告人が、もしも政治体制の機関の担い手としての被告人の地位を満足させ、かつ、その地位を保全するため、その都度の状況に応じてご都合主義的に対応していたにすぎないというのであれば、ツチ族という民族集団それ自体の少なくとも一部の破壊が被告人にとってその背後に潜んでいる別の目的——ルワンダという国家体制内での自己の保身——のための必要不可欠の手段であったかどうかは、検討する必要があるといえる。というのも、もしも集団の全部又は一部の破壊が正犯の間目標を形成しているのであれば、それで十分であるからである。(Rn. 16)

### 3. 2. 意義

以上の6項目を主たる判旨とする上告審BGH判決の意義については、そもそも本判決が1994年のルワンダのツチ族に対するジェノサイドに対するBGHとしての初の判断であったことなどをはじめ、いくつかの指摘が可能である<sup>75)</sup>。しかし、ここでは、差し当たり、中級レベルの関与者についてのジェノサイドの正犯性という本稿の問題意識と3つの検討課題(上記1. 2および1. 3)に沿って、簡単にその意義を3つにまとめてみたい。

第1に、本判決を原審判決と比較し、正犯性の有無を判断するための基礎に置かれていた「事実」の射程範囲や、当該事実に対する「評価方法」の実態を検討すれば、少なくとも本件ジェノサイドの「行為支配」を根拠づける「本質的に重要な寄与」として、実際に、どのような事実が、どのように評価されていたのか、というドイツにおける国際刑事司法実務の一端を把握することができる。この点、ジェノサイドの客観的構成要件に関する事実審OLGの認定は、上告審BGHにおいても法的な誤りがなかったとして維持された<sup>76)</sup>にもかかわらず、事実審では、被告人による諸種の行動は本質的に重要なものではなかったと認定<sup>77)</sup>されたのに対して、上告審では、「被告人は、直接的な行為事象に対してもいくつかの本質的に重要な寄与〔wesentliche Beiträge〕を行っていた」と認定<sup>78)</sup>されているため、両者の認定は対照的な様相を呈している。したがって、本件の場合、「本質的に重要な寄与」に対する両者における「事実」の射程範囲の差異および「評価方法」の相違を考究することには正犯性を根拠づける「行為支配」の内実を探究していく上で重要な意義がある。ゆえに、下記4では主として、この問題を検討する。

- 75) それ以外にも、本稿では割愛するが、例えば、本判決（上告審BGH, Rn. 13）では傍論として、ドイツの判例（BGHSt 45, 64 (81) = BGH, Urteil des 3. Strafsenats vom 30.04.1999 – 3 StR 215/98 –, juris, Rn. 45; BVerfG NStZ 2001, 240 (241) = BVerfG, Nichtannahmebeschluss der 4. Kammer des 2. Senats vom 12.12.2000 – 2 BvR 1290/99 –, juris, Rn. 22）を踏襲して——しかし、国際判例（ICTY 2001年8月2日第一審裁判部判決（*Krstić*, IT-98-33-T), para. 580; ICTY 2004年4月19日上訴裁判部判決（*Krstić*, IT-98-33-A), paras. 25 *et seq.*; ICTY 2007年5月9日上訴裁判部判決（*Blagojević and Jokić*, IT-02-60-A), para. 123 with fn. 337; ICTR 2006年12月13日第一審裁判部第3法廷判決（*Seromba*, ICTR-2001-66-I), para. 319; ICJ 2007年2月26日本案判決 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43 (pp. 70-71 with para. 190); ICJ 2015年2月3日判決 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, p. 57 with para. 136; ICC 2009年3月4日予審裁判部第1法廷決定（*Al Bashir*, ICC-02/05-01/09), paras. 143-144）とは対照的に——当該集団の「身体的又は生物学的な破壊」に向けられている意思だけではなく、「社会的な破壊」に向けられている意思も、ジェノサイドの意図に含まれるとされていることが改めて確認されていることも、本判決の意義の1つと考えることができる。なお、ジェノサイドの破壊する意図に「社会的な破壊」も含まれるというのは、ドイツでは通説である。これについては、例えば、*Berster*, a.a.O. (Fn. 21), S. 73; *Jan Hübner*, Das Verbrechen des Völkermordes im internationalen und nationalen Recht, Frankfurt am Main 2003, S. 211 ff.; *Hans-Heinrich Jescheck*, Die internationale Genocidium-Konvention vom 9. Dezember 1948 und die Lehre vom Völkerstrafrecht, Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Bd. 66 (1954), S. 212 f.; *Safferling/Grzywotz*, a.a.O. (Fn. 21), S. 191 f.; *Vest*, a.a.O. (Fn. 11), S. 99; *Gerhard Werle*, German Jurisprudence on Genocidal Intent and the European Convention for the Protection on Human Rights and Fundamental Freedoms, in: *Kimmo Nuotio* (ed.), Festschrift in Honour of Raimo Lahti, Helsinki 2007, pp. 52, 55; *Gerhard Werle/Florian Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 4. Aufl., Tübingen 2016, Rn. 881などを参照。
- 76) 上告審BGH, Rn. 29.
- 77) 事実審OLG, Rn. 764.
- 78) 上告審BGH, Rn. 11.
- 79) BGHSt 45, 64 (81, 86, 89) = BGH, Urteil des 3. Strafsenats vom 30.04.1999 – 3 StR 215/98 –, juris, Rn. 45, 52, 55; BGH NJW 2001, 2732 (2733) = BGH, Beschluss des 3. Strafsenats vom 21.02.2001 – 3 StR 244/00 –, juris, Rn. 14.

第2に、本判決によって、ジェノサイドの「破壊する意図」は「目標に向けられている結果意思」の意味で解釈される必要があるというすでに1999年のBGH判決および2001年のBGH決定によって採用されていた立場<sup>79)</sup>が再確認されたことが重要である。この問題をめぐっては、ジェノサイドにおける「破壊する意図」が、目的か認識かという対立があることから、BGHが改めて自己の立場を明言しているという点で、本判決には意義がある。これについては、下記5で検討する。

第3に、本判決によって、集団の破壊が被告人にとって固有の特別の関心事や「最終目標」であることは必要ではなく、集団の破壊が主観的に「背後に存在しているさらなる目的」——例えば、自己の権力的な地位又は職業的な立場の維持——を達成するために「必要不可欠の手段」であれば、それで十分なのであって、「中間目標」でも足りるということが明らかにされたことも重要である。これについては、下記6で検討する。

以下では、この3つの意義を念頭に、さらに検討を掘り下げていきたい。

#### 4. 「正犯性」を根拠づける基準としての「行為支配」—— 「幫助犯」か「共同正犯」か

##### 4. 1. 問題の所在

既述（上記1. 3）のように、ジェノサイドの正犯性を認定するためには、まず、第1に、行為者がジェノサイドに対する「行為支配」を有していたのか否かが検討されなければならない。この場合、正犯性を根拠づける基準としての「行為支配」の有無は、どのような事実を、どのように評価することによって判断することができるのであろうか。

このような2人以上の者による犯罪における共同正犯の正犯性をめぐっては、ドイツにおける通説<sup>80)</sup>、我が国の有力説<sup>81)</sup>、ICCの判例<sup>82)</sup>、および、国際刑法上の最有力説<sup>83)</sup>によれば、行為支配論に基づいて、正犯性を根拠づ

---

80) *Claus Roxin*, § 25 StGB, in: *Burkhard Jähnke* u.a. (Hrsg.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1., 11. Aufl., Berlin 2003, Rn. 7; *Bernd Schünemann*, § 25 StGB, in: *Heinrich Wilhelm Laufhütte* u.a. (Hrsg.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1., 12. Aufl., Berlin 2006, Rn. 7.



ける「行為支配」の客観的要素の1つとして「本質的に重要な寄与」が必要であるとされている。さらに、ICCの判例によれば、共同正犯における「本質的に重要な寄与」の有無は、共同正犯を根拠づける「機能的行為支配」<sup>84)</sup>、すなわち、「自己の任務を実行しないことによって当該犯罪の実行を頓挫させることができる」かどうかという基準を指標に、いくつかの事実が総合的に勘案される「規範的な評価」によって判断されている<sup>85)</sup>。また、このような「規範的な評価」方法それ自体は、国際刑法の学説<sup>86)</sup>でも是認されている。

---

81) 井田（前掲注13・理論構造）349頁および363頁、同（前掲注13・講義刑法学）462頁、橋本正博『行為支配論』と正犯理論』有斐閣（2000年）177頁、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』弘文堂（2005年）143頁、成瀬幸典「正犯・共犯」法学教室280号（2004年）81頁以下など参照。

82) ICC 2007年1月29日予審裁判部第1法廷決定 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06), para. 338; ICC 2012年3月14日第一審裁判部第1法廷判決 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06), para. 1003; ICC 2014年12月1日上訴裁判部判決 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06 A 5), para. 473; ICC 2008年9月30日予審裁判部第1法廷決定 (*Katanga and Chui*, ICC-01/04-01/07), para. 484; ICC 2014年3月7日第一審裁判部第2法廷判決 (*Katanga*, ICC-01/04-01/07), para. 1394; ICC 2009年6月15日予審裁判部第2法廷決定 (*Bemba*, ICC-01/05-01/08), para. 348.

83) *Kai Ambos*, Treatise on International Criminal Law, Vol. I – Foundations and General Part, Oxford 2013, pp. 150 *et seq.*; *Héctor Olásolo*, The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes, Oxford 2009, pp. 277 *et seq.*; *Thomas Weigend*, Intent, Mistake of Law, and Co-perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges, *Journal of International Criminal Justice* (hereinafter: JICJ), Vol. 6 (2008), p.480; *Werle/Jeßberger*, a.a.O. (Fn. 75), Rn. 548, 566 ff.; フィリップ・オステン「国際刑法における行為支配論と正犯概念の新展開——多元的関与形式体系の意義——」井田良ほか〔編〕『川端博先生古稀記念論文集〔上巻〕』成文堂（2014年）所収490頁、後藤啓介「国際刑事裁判所における行為支配論の展開——正犯概念との関係を中心に——」国際人権26号（2015年）112頁以下など参照。

84) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 12), S. 278 f.

85) ICC 2012年3月14日第一審裁判部第1法廷判決 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06), paras. 1001, 1137-1223, 1270-1273, 1356; ICC 2014年12月1日上訴裁判部判決 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06 A 5), paras. 473, 488-499.

他方で、ドイツの確立された判例<sup>87)</sup>によれば、共同正犯の正犯性を認定するためには、「正犯意思」の有無を「行為の結果に対する自己の利益・関心の程度、行為関与の規模、および、行為支配若しくは少なくとも行為支配意思」を手掛かりに、関与者本人が知っていた「全事情に基づく価値的な考察」(nach den gesamten Umständen [...] in wertender Betrachtung)によって評価しなければならないとされている。ゆえに、ドイツの判例は、「行為支配」それ自体を正犯性の基準にしているわけではなく、「正犯意思」を正犯性の基準にするという姿勢を依然として崩してはいない。もっとも、現在のドイツの判例の立場は、その基準の下位基準として、「自己の利益・関心」のみを重視する純粹な主観説ではなく、「行為支配」や「本質的に重要な寄与」などを考慮する「規範的組み合わせ説」(normative Kombinationstheorie)に移行しているといわれている<sup>88)</sup>。

また、日本の判例も、共同正犯の正犯性を認定するためには、「判例が採用しているとされる主観説の立場においても、その主観的な正犯意思の認

---

86) *Burghardt*, a.a.O. (Fn. 21), S. 107; *Jens David Ohlin/Elies van Sliedregt/Thomas Weigend*, Assessing the Control-Theory, *Leiden Journal of International Law (LJIL)*, Vol. 26 (2013), p. 734; オステン (前掲注83) 490頁以下、後藤啓介「国際刑事法における行為支配論と共同正犯 (2) ——2014年12月1日の国際刑事裁判所ルバンガ事件上訴裁判部判決を契機として——」*亜細亜法学*50巻2号 (2016年) 26 (241) 頁以下など参照。

87) BGH JR 1955, 304, (305) = BGH, Urteil des 4. Strafsenats vom 12.05.1955 – 4 StR 115/55; BGH GA 1984, 287 = BGH, Beschluss des 1. Strafsenats vom 09.02.1984 – 1 StR 35/84.; BGH NSTz 1984, 413 = BGH, Urteil des 1. Strafsenats vom 15.05.1984 – 1 StR 169/84; BGHSt 37, 289 (291) = BGH, Urteil des 5. Strafsenats vom 15.01.1991 – 5 StR 492/90 –, juris, Rn. 6; BGH NSTz 2006, 94 = BGH, Beschluss des 4. Strafsenats vom 29.09.2005 – 4 StR 420/05; 上告審BGH, Rn. 10.

88) *Helmut Frister*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., München 2015, Kap. 26, Rn. 19; *Günter Heine/Bettina Weißer*, § 25 StGB, in: *Albin Eser* (Hrsg.), *Schönke-Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Aufl., München 2014, Rn. 63, insbes. Vorbemerkungen zu den § 25, Rn. 64 und 67; *Claus Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II – Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München 2003, § 25 Rn. 22 ff.; *Wolfgang Schild*, § 25 StGB, in: *Urs Kindhäuser* u.a. (Hrsg.), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4. Aufl., Baden-Baden 2013, Rn. 36.

定には、証拠により認められる被告人の分担した役割を含めた諸事情を総合的に勘案せざるをえない」<sup>89)</sup>とされており、さらに、日本の学説<sup>90)</sup>も、諸事情を総合的に勘案するという点については概ね判例の立場を是認し、正犯性の認定にあたっては、いくつかの下位基準によって具体的に類型化された事情を総合判断せざるをえないとされている。

このように、ICCの判例にいう「規範的な評価」であれ、ドイツの判例にいう「全事情に基づく価値的な考察」であれ、日本の判例にいう「総合的な勘案」であれ、いずれにせよ、共同正犯の正犯性を認定するにあたっては、「行為支配」や「正犯意思」などの何らかの基準に照らして、それぞれの個別的な事例における客観的・具体的な諸要因を勘案しながら、総合判断するという手法が採用されている。ゆえに、日独<sup>91)</sup>だけではなく、少なくともICCについても、このような判例理論の判断枠組みには類似性がある

---

89) 菊池則明「16 共謀 (2) ——対等型共謀」小林充＝植村一郎郎〔編〕『刑事事実認定重要判決50選 (上)〔補訂版〕』立花書房 (2007年) 所収220頁。さらに、いわゆる大麻密入事件 (最小一決昭和57年7月16刑集36巻6号695頁) について、木谷明「〔16〕大麻密輸入の謀議を遂げたものとされた事例」財団法人法曹会〔編〕『最高裁判所判例解説刑事篇 (昭和57年度)』法曹会 (1986年) 所収230頁は、「被告人の意思内容や犯罪遂行過程において具体的に果たした役割などを総合して、被告人が『謀議を遂げた』ものと認めた本決定の手法は注目し値〔する〕」と評している。また、松本時夫「共同正犯——幫助との区別——」芝原邦爾〔編〕『刑法の基本判例』有斐閣 (1988年) 67頁は、正犯性の認定にあたって「自己の犯罪」を正犯とし、「他人の犯罪」を共犯とするという実務の区別基準によるときも、その区別は、「個々の共犯者の主観的意思のみによって定まるものではなく、互い意思連絡を通じ相互の利用関係及び依存関係が設定」されるような「共謀」があったかどうか重要であるが、「個々の事件において具体的にどのような内容の意思連絡があったときに『共謀』があったといえるかについては、これを一律に考えることは無理であろう」とする。小林充「共同正犯と狭義の共犯の区別——実務的観点から——」法曹時報51巻8号 (1999年) 7頁も「〔判例のいう〕自己の犯罪を行う意思というのは規範的ないし総合的概念であ〔る〕」とする。

90) 亀井源太郎「正犯と共犯を区別すること」弘文堂 (2005年) 112頁、佐伯仁志「共犯論(2)」法学教室306号 (2006年) 49頁、成瀬 (前掲注81) 81頁、西田典之『共犯理論の展開』成文堂 (2011年) 51頁など参照。

といえる。しかしながら、このような日独の判例のような総合判断的な方法に対しては、高度の不確定性が随伴しているとの批判がすでにドイツ<sup>92)</sup>および日本<sup>93)</sup>の学説から提起されている。

この点、本件の場合にも、判例理論に対して向けられているこのような批判を完全に無視することはできない。というのも、同一の事実に対して、事実審OLGは「幫助犯」の成立を是認したのに対して、上告審BGHは「共同正犯」の成立を是認するという異なる帰結を導き出しているからである。もちろん、このような認定の差異は、下記5および6で詳述するように、「破壊する意図」の有無をめぐるジェノサイドの主観的構成要件に関する両者の認定の差異も影響を及ぼしている。しかしながら、ジェノサイドの客観的構成要件に関する事実審OLGの認定は、上告審BGHにおいても法的な誤りがなかったとして維持された<sup>94)</sup>にもかかわらず、事実審では、被告人による諸種の行動は本質的に重要なものではなかったと認定<sup>95)</sup>されたのに対して、上告審では、「被告人は、直接的な行為事象に対してもいくつかの本質的に重要な寄与〔wesentliche Beiträge〕を行っていた」と認定<sup>96)</sup>されている。したがって、この場合、客観的な事情のみに対する両者の判断・評価方法に異なっている部分があることは否定できない。

では、なぜこのように客観的な事情に対する判断が分かれたのか。ここで考えられるのは、本件の事実審OLGと上告審BGHの間には、実際には、何らかの判断の食い違いがあったのではないか、ということである。この場合、両者それぞれにおいて実際に行われた判断の相違を見極めるために

---

91) このような日独の判例理論の類似性については、*Soichiro Shimada*, *Ein neuer Aspekt der Täterlehre – Erkenntnisse aus der japanisch-deutschen Rechtsvergleichung*, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA) 2009, S. 469 ff. も参照。

92) *Frister*, a.a.O. (Fn. 88), Kap. 26, Rn. 19; *Roxin*, a.a.O. (Fn. 88), § 25 Rn. 25; *Günther Stratenwerth/Lothar Kuhlen*, *Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat*, 6. Aufl., München 2011, § 12 Rn. 92.

93) 照沼（前掲注81）139頁など参照。

94) 上告審BGH, Rn. 29.

95) 事実審OLG, Rn. 764.

96) 上告審BGH, Rn. 11.

は、次の2つのことを検討してみることが有用であるように思われる。すなわち、第1に、事実審と上告審との間では、正犯性の認定にあたって、実際には、無数にある客観的な生の「事実」のうち、いかなる「事実」が重視され又はされなかったのであろうか。また、第2に、事実審と上告審との間では、正犯性の認定にあたって、実際には事実に対するどのような「評価方法」の違いが生じていたのであろうか。

以上の主として2つの問題意識に基づいて、以下では、まず、被告人をジェノサイドの幫助犯と認定した本件の実事審の立場について、事実審OLGが被告人の正犯性を否定するにあたって重視した「事実」およびその「評価方法」をそれぞれ確認する（下記4.2）。次に、事実審の判断を採用せず、被告人が共同正犯となりうることを示唆した上告審の立場について、同様に、上告審が被告人の正犯性を肯定するにあたって重視した「事実」およびその「評価方法」をそれぞれ確認する（下記4.3）。最後に、これらの検討の結果をまとめ、事実審と上告審のそれぞれにおいて、評価されるべき点と、問題とされるべき点の両方があることを指摘し、結論として、望ましい正犯性（行為支配）の認定方法とは何かについて付言する（下記4.4）。最後に、小括として、本稿における当該検討の意義を改めて確認した上で、次章につなげてみたい（下記4.5）。

## 4.2. 幫助犯——事実審OLGの見解

事実審OLGは、検察側が主張していたジェノサイドの間接正犯ではなく、幫助犯として被告人を有罪とした。では、事実審OLGが、正犯性を否定するにあたって具体的に考慮していた「事実」や「評価方法」とはいったい何であったのであろうか。

### 4.2.1. 事実審OLGが「正犯性」を否定するために重視した「事実」

「正犯性」を否定するために重視した「事実」について、まず、事実審OLGは、ジェノサイドの客観的構成要件<sup>97)</sup>の検討において、上記2.1で詳述した被告人による「諸種の行動」(Handlungen)がガテテおよび攻撃者らによるジェノサイドの正犯行為を促進させるものであったことを理由に、被告人を幫助犯とした<sup>98)</sup>。

他方で、事実審OLGは、「被告人は、虐殺を促進させるその都度の個々の

行動を通じて、またそれらの個々の行動の全体を通じて、行為支配を保持していなかった」と結論づけて、被告人の正犯性を否定している<sup>99)</sup>。

ゆえに、ここからは、まず、被告人の「諸種の行動」が「正犯性」を否定するために重視された「事実」となっていることが分かる。この点、そもそも、事実審OLGは、上記2. 1で紹介したように、「被告人による諸種の行動」については、極めて詳細な事実認定を行っている。しかし、直後(4. 2. 2)でも指摘するように、そのような詳細な事実認定のうち、実際に正犯性を否定するための評価の段階で具体的に言及されているのは、「被告人が現場にいたこと、および、被告人による諸種の行動」(die Anwesenheit und die Handlungen des Angeklagten)<sup>100)</sup>という特定されていない包括的な事実だけであった。

また、事実審OLGは、本件の場合、「G〔ガテテ〕が事実上の最高司令官であったのであって、かつ、被告人はG〔ガテテ〕に従属していたという理由から、キジグロの教会虐殺に対する被告人による協働は、G〔ガテテ〕および攻撃者らによる行動の促進に尽きていた」と判示して、被告人とガテ

---

97) なお、ジェノサイドの主観的構成要件について、事実審OLGは、正犯が破壊する意図を有し、かつ、幫助犯がそのことを知っていれば、幫助犯自身は破壊する意図をもっていなくても、それで十分であること(事実審OLG, Rn. 747)、および、キジグロの教会虐殺の際に行われた被告人による個別的行為がルワンダ全土にわたるジェノサイド事象という全体行為と結び付いており、それを被告人が知っていたこと(事実審OLG, Rn. 749-752)を挙げている。なお、幫助犯自身は破壊する意図をもっていなくても、それで十分であることは、ドイツの判例(BGH NJW 2001, 2732 (2733 f.) = BGH, Beschluss des 3. Strafsenats vom 21.02.2001 – 3 StR 244/00 –, juris, Rn. 15 f.)、諸種のアド・ホック国際刑事法廷の判例(ICTY 2004年4月19日上訴裁判部判決(*Krstić*, IT-98-33-A), para. 140; ICTR 2008年3月12日上訴裁判部判決(*Seromba*, ICTR-2001-66-A), paras. 56, 65, 173)、および、学説(*Kai Ambos*, Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht – Völkerstrafrecht – Europäisches Strafrecht – Rechtshilfe, 4. Aufl., München 2014, § 7 Rn. 150; *Werle/Jelßberger*, a.a.O. (Fn. 75), Rn. 598, 885)によっても支持されており、基本的には妥当な見解であるといえる。

98) 事実審OLG, Rn. 729, 743.

99) 事実審OLG, Rn. 764.

100) 事実審OLG, Rn. 625.



( 36 ) ジェノサイドにおける「行為支配」と「破壊する意図」

テとの間にあった「事実上の上下関係」(eine faktische Hierarchie)<sup>101)</sup>の存在も、被告人の正犯性を否定するための事実として考慮していた<sup>102)</sup>。

結局、以上を整理してみれば、事実審OLGが、正犯性を否定するために重視した「事実」としては、少なくとも以下の3つの「事実」を挙げることができる。すなわち、「被告人が現場にいたこと、および、被告人による諸種の行動」、ならびに、被告人とガテテとの間にあった「事実上の上下関係」の存在である。

#### 4. 2. 2. 事実審OLGが「正犯性」を否定するために使用した「評価方法」

「正犯性」を否定するために使用した「評価方法」について、事実審OLGは、以下のように判示している<sup>103)</sup>。

共同正犯的な間接正犯〔in mittäterschaftlicher mittelbarer Täterschaft〕<sup>104)</sup>として行われたジェノサイドを理由としては、被告人は有罪ではない。なぜならば、被告人は、虐殺を促進させるその都度の個々の行動を通じて、またそれらの個々の行動の全体を通じて、**行為支配を保持していなかった**からである。この帰結は、被告人による個々の行動の重要性とそれら個々の行動全体の重要性とを**機能的に考察**〔bei einer funktionalen Betrachtung〕した場合にも、とりわけ、行為に対する被告人の自己の利益・関心の程度、自己の行為関与の規模、および、行為支配若しくは少なくとも行為支配意思を勘案してなされる、**全事情を価値的に考察**〔bei einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände〕した場合にも、もたらされる。当法廷は、**被告人の視点によれば**〔aus seiner Sicht〕虐殺の実施・貫徹が被告人による協働〔Mitwirkung〕に本質的に重要な〔wesentlich〕までに依存していたほど、**被告人の視点によれば被告人による諸種の行動が虐殺にとって本質的に重要**

101) 事実審OLG, Rn. 225, 321, 628, 734 f.

102) 事実審OLG, Rn. 626.

103) 事実審OLG, Rn. 764.

104) このいわゆる「共同間接正犯」については、*Gerhard Werle/Boris Burghardt, Die mittelbare Mittäterschaft – Fortentwicklung deutscher Strafrechtsdogmatik im Völkerrecht?*, in: *René Bloy u.a. (Hrsg.), Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlin 2010, S. 862 f.; 後藤（前掲注70）218頁以下など参照。



なものであったとは、認定しない。〔強調および亀甲括弧による補足は筆者によるもの〕

以上の判示箇所については、太字で強調しているように、以下の4つの特徴を見出すことができる。すなわち、(i) 行為支配、(ii) 機能的な考察、(iii) 全事情に基づく価値的な考察、および、(vi) 被告人の視点による評価である。

(i) から (iii) について、事実審OLGは、(i) 「行為支配」がなかったことを理由に、正犯性を否定しているが、それは、(ii) 「機能的な考察」ないし (iii) 「全事情に基づく価値的な考察」の結果であるとしている。

まず、(i) 行為支配と (ii) 機能的な考察との組み合わせは、一見すると「機能的」という文言とも相俟って、共同正犯を根拠づける「機能的行為支配」を連想させている。このような印象は、事実審OLGが、共同正犯を根拠づける「行為支配」を否定するにあたって、いわゆる「あれなければこれなし」という「仮定的消去法」を用いていることによっていっそう強められている感がある。すなわち、事実審OLGによれば、「共同正犯を理由に被告人に対する有罪判決を言い渡すためには、もしも被告人が現場にいないければ、かつ、被告人による諸種の行動がなければ…攻撃者らが…殺害をしなかったであろう」ということが認定されなければならないというのである<sup>105)</sup>。結局、この場合、事実審OLGは、被告人による寄与がなければ、虐殺がなかったであろうといえるほどに、被告人による寄与が単独で虐殺を頓挫させることができたことを要求している<sup>106)</sup>。また、以上のような「機能的行為支配」に類似する評価方法は、従前のBGHの判例には散見されない手法である。

さらに、(i) 行為支配と (iii) 全事情に基づく価値的な考察の組み合わせも、BGHの確立した判例とは重要な部分が異なっている。とりわけ、「行為に対する被告人の自己の利益・関心の程度、自己の行為関与の規模、お

105) 事実審OLG, Rn. 625.

106) Werle/Burghardt, a.a.O. (Fn. 20), S. 54 によれば、この仮定的消去法は、「行為寄与の『本質的に重要な』という要件を誇張している」(Er überspannt aber zugleich die Anforderungen an die "Wesentlichkeit" eines Tatbeitrages) とされている。

( 38 ) ジェノサイドにおける「行為支配」と「破壊する意図」

よび、行為支配若しくは少なくとも行為支配意思」という表現は、本来は、確立されたBGHの判例が、正犯性の基準となる「正犯意思」を基礎づける手掛かりとして例示している箇所である。しかし、事実審OLGは、少なくともこの文脈上、BGHの判例とは異なり、「行為支配」それ自体を正犯性の基準としている。

(vi) について、事実審OLGは、客観的に「本質的に重要な寄与」が是認されるかどうかではなく、被告人の主観において自己の行動が「本質的に重要な寄与」であったかどうか、という独自の視点を重視している<sup>107)</sup>。

要約すれば、事実審OLGは、確立されたBGHの判例とは異なり、正犯性の基準を「行為支配」の有無に求め、その有無について上記の3つの事実を「仮定的消去法」や「被告人の視点」などの独自の視点に基づいて評価し、その結果、被告人は「行為支配」を有していなかったとして、被告人の正犯性を否定したのである。

#### 4. 3. 共同正犯——上告審BGHの見解

上告審BGHは、検察側が主張していたジェノサイドの間接正犯でもなければ、事実審OLGが認定した幫助犯でもなく、被告人を共同正犯として有罪とした。では、事実審OLGとは対照的に、上告審BGHが、正犯性を肯定するにあたって具体的に考慮していた「事実」や「評価方法」とはいったい何であったのであろうか。

##### 4. 3. 1. 上告審BGHが「正犯性」を肯定するために重視した「事実」

「正犯性」を肯定するために重視した「事実」について、まず、上告審BGHは、正犯性の問題を検討するに先立って、明確に、「行為に対する被告人による共同正犯としての関与を否定したOLGによる検討は、不十分である」<sup>108)</sup>と述べた。そして、明示的に、(I)「被告人の地位および権能に基づいて有力者かつ名望家として際立っていた被告人が、すでに虐殺の準備段階から関与していたこと」や、被告人が(II)「直接的な行為事象に対し

---

107) Werle/Burghardt, a.a.O. (Fn. 20), S. 53 によれば、このような手法は、事実審OLGだけの「独特な定式化」(eine eigenartige Formulierung)とされている。

108) 上告審BGH, Rn. 10.

てもいくつかの本質的に重要な寄与を行っていた」ことが考慮されなければならぬと述べて、(I) と (II) について、それぞれ事実審OLGが認定した事実(上記2.1)に基づいて、そのうちのどの事実が重視されるべきであったのかを具体的に摘示した<sup>109)</sup>。

その結果、上告審BGHが、正犯性を肯定するために重視した「事実」としては、少なくとも以下の11個の「事実」を挙げることができる。すなわち、客観的な事情として、(I) およびその具体例からは、(i) 市長・管理人としての被告人の地位、(ii) 被告人と攻撃者らとの間にあった上下関係の存在、被告人が(iii) 犯行現場となった教会の司祭らに事前に攻撃を警告して立ち退きを要求していたこと、および、(iv) 虐殺を決定した会合に参加していたこと、が挙げられる。同様に、(II) およびその具体例からは、被告人が(v) ガテテと一緒に犯行現場に現在していたこと、(vi) ガテテによる犯行開始の号令を追呼して攻撃者らに殺害を直接的に命令していたこと、(vii) 犯行中にも殺害の続行、逃亡防止のための見張りの用意、敵軍の接近に伴う殺害の迅速化などの指示を出していること、(viii) 殺害のための援軍を自ら出向いて補充していること、および、(ix) ガテテと共に近所にある病院に赴き同病院にいたツチ族を連れて来るように命令したことが挙げられる。さらに、(III) 主観的な事情として、詳しくは後述(下記5および6参照)するジェノサイドの破壊する意図との関係では、(x) 被告人の利益・目的・動機——すなわち、ルワンダの国家体制内での自己の地位の保持(最終目標)、および、そのために不可避的にもたらされるツチ族という民族的な集団(の一部)の破壊(中間目標)<sup>110)</sup>——、ならびに、(xi) 本件虐殺が国家的に促進されているジェノサイド活動の一部であった<sup>111)</sup> ことの認識も示唆されている。

なお、事実審OLGが重視していた被告人とガテテとの間の「事実上の上下関係」の存在については、上告審BGHでは、特に判示されていない。むしろ、この点については、「地位および権能に基づいて有力者かつ名望家として際立っていた被告人」<sup>112)</sup> という形で、被告人と攻撃者らとの間にあっ

---

109) *Ibid.*

110) 上告審BGH, Rn. 9, 16.

111) 上告審BGH, Rn. 18.

た「事実上の上下関係」の存在の方が重視されている。

#### 4. 3. 2. 上告審BGHが「正犯性」を肯定するために使用した「評価方法」

「正犯性」を否定するために使用した「評価方法」について、上告審BGHは、従前からのBGHの確立された判例を踏襲している。すなわち、まず、上告審BGHは、「ある関与者が（共同）正犯として行為を行っていたのか、又は幫助犯として行為を行っていたのかという問題」は、当該関与者が「自己の寄与によって単に他の者による構成要件を実現させる作為を促進させようとしているだけではなく、当該寄与を分業的な行動という意味で共同的な活動の一部にしようとしている」かどうか、すなわち、「正犯意思」の有無によって評価されるべきであるとする<sup>113)</sup>。そして、このような「正犯意思」の有無は、「全事情に基づく価値的な考察によって評価されるべきである。このような評価にとって本質的に重要な根拠となりうるのは、行為の結果に対する自己の利益・関心の程度、行為関与の規模、および、行為支配若しくは少なくとも行為支配意思である」としている<sup>114)</sup>。

さらに、上告審BGHは、事実審OLGによる「当該検討では、本件で認定された全事情に対して、事実審に必要な全事象の価値的な考察が加えられているわけではない」として、事実審OLGによる考察は、BGHの判例にいう「全事情に基づく価値的な考察」ではないと断じている<sup>115)</sup>。

また、上告審BGHは、事実審OLGによる「被告人の視点」という評価基準についても、明示的に批判し、「客観的な」視点からも被告人による寄与が「本質的に重要な寄与」であったといえると認定している。すなわち、「もしも〔事実審〕OLGが、被告人の視点によれば虐殺の実施・貫徹が被告人による協働に本質的に重要なまでに依存していたほど、被告人の視点によれば被告人による行為が虐殺にとって本質的に重要なものであったことを認定することができない…というのであれば、〔事実審〕OLGは、（共同）正犯に対する過度に狭い理解に基づいていた」<sup>116)</sup> というのである。そして、

---

112) 上告審BGH, Rn. 10.

113) *Ibid.*

114) *Ibid.*

115) 上告審BGH, Rn. 11.

上告審BGHは、被告人が「行為にとって客観的に本質的に重要な行為寄与を共同の行為に付加していた」と述べて、最終的には、「むしろ、被告人による行為態様は、たとえ被告人が自手的に殺害行動をしていたということが認定されていなかったとしても、〔ドイツ〕刑法25条2項に基づく直接共同正犯の客観的な前提条件を充足する」と結論づけている<sup>117)</sup>。

要約すれば、上告審BGHは、確立されたBGHの判例を踏襲し、正犯性の基準を「正犯意思」の有無に求め、その有無について上記の11個の事実を「全事情に基づく価値的な考察」によって評価するべきであることを確認し、「被告人の視点」などの独自の視点に基づく手法を採用していた事実審OLGを批判して、「客観的な」視点からも被告人による寄与が「本質的に重要な寄与」であったといえると認定し、その結果、被告人の正犯性が肯定されることを示唆したのである。

#### 4. 4. 検討

以上のように、第1に、事実審と上告審との間では、正犯性の認定にあたっての評価の対象となる「事情」について、実際にはそれぞれで異なる事実が評価の基礎に置かれていた。すなわち、前者では、「被告人が現場にいたこと、および、被告人による諸種の行動」、ならびに、被告人とガテテとの間にあった「事実上の上下関係」の存在という少なくとも3つの事実が重視されていたのに対して、後者では、「被告人の地位および権能に基づいて有力者かつ名望家として際立っていた被告人が、すでに虐殺の準備段階から関与していたこと」、および、「直接的な行為事象に対してもいくつかの本質的に重要な寄与を行っていた」ことを中心に少なくとも11個の事実が重視されていた。

また、第2に、事実審と上告審との間では、正犯性の認定にあたっての事情の「評価方法」についても、実際にはそれぞれで異なる手法が採用されていた。すなわち、前者では、確立されたBGHの判例とは異なり、正犯性の基準を「行為支配」の有無に求め、その有無を「仮定的消去法」や「被告人の視点」などの独自の視点に基づいて評価したのに対し、後者では、

---

116) *Ibid.*

117) 上告審BGH, Rn. 12.

上告審BGHは、確立されたBGHの判例を踏襲し、正犯性の基準を「正犯意思」の有無に求め、その有無は「全事情に基づく価値的な考察」によって評価されるべきであることを確認し、「被告人の視点」などの独自の視点に基づく手法を採用していた事実審OLGを批判していた。

では、事実審OLGと上告審BGHのいずれの立場が妥当なのであろうか。以下では、事実審OLGの検討方法（下記4.4.1）、および、上告審BGHの検討手法（下記4.4.2）について、それぞれ、評価されるべき点と、問題とされるべき点を指摘する。その後、以上の考察を小括し、正犯性（行為支配）を認定するにあたって検討することが望ましい「事情」と「評価方法」について本稿の立場を明らかにしてみたい（下記4.4.3）。

#### 4.4.1. 事実審OLGに対する検討

事実審OLGの検討手法については、以下の（i）から（v）までの5つの論点のうち、（i）については評価できる一方、他方で、（ii）から（v）については、妥当ではなかったと考える。以下それぞれ理由を述べる。

まず、（i）「行為支配」について、この基準を正面から正犯性を根拠付ける基準として是認していた点は評価できる。というのも、「行為支配」という基準によれば、「客観的視点と主観的視点の両基準を考慮することができる」<sup>118)</sup> という点で、この基準は、正犯意思という基準や、特定の基準を持たない全体的な考察よりも優れているといえるからである。

次に、（ii）「被告人が現場にいたこと、および、被告人による諸種の行動」という特定されていない概括的な事実が事情の基盤に据えられていることについては、そのどの部分が実際に問題視されているのかが不明確である点で、問題がある。この場合、「行為支配」という基準に照らして、例えば、被告人による諸種の行動のうちのどの行動が重要であり又は重要ではないのかが考察されないのであれば、それは実質的には不透明な判断に陥ってしまいかねない。

---

118) オステン（前掲注83）490頁、後藤（前掲注86）42（149）頁以下参照。なお、*Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau*, 46. Aufl., Heidelberg 2016, Rn. 751; 橋本（前掲注81）177頁も参照。

さらに、(iii) 被告人とガテテとの間にあった「事実上の上下関係」の存在について、事実審OLGが、被告人とガテテとの関係を過度に重視し、実行行為者である攻撃者らとの関係をさほど考慮しなかったことも問題である。というのも、「行為支配」の有無という観点からみれば、「行為支配」にいう「行為」は「構成要件該当事実そのもの」を指している<sup>119)</sup>のであるから、中級レベルの関与者が「行為に対する支配」を有しているか否かは、何よりも、自分の上官である上級レベルの関与者との関係ではなく、「構成要件該当事実」を直接的に実行している下級レベルの関与者との関係で把握されるべきであるといえるからである。いずれにせよ、実行行為者と被告人との関係が十分に考慮されていなかったことは、事実審が被告人の正犯性を認定し損なってしまったことの一因となっていたように思われる。すなわち、行為支配論の立場からみれば、被告人の有する「地位それ自体が重要なのではなく、構成要件に該当する事象が実現されるときに中心的な立場が重要なのである」<sup>120)</sup>。

また、(iv)「仮定的消去法」について、単独正犯における因果関係の問題を考える上では重要な視点であるし、共同正犯においても場合によっては妥当するものもあるのかもしれないが、本件のような場合には、「あれなければこれなし」という考察方法には問題がある。というのも、「仮定的な考察は、複雑で集団的な実行関係の下では、実施可能性および証言力に最高度の疑問を抱かせる事後的な思考実験を強いるものである」<sup>121)</sup>からである。そのことは、とりわけ、「あれなければこれなし」にいう「あれ」という部分の判断の基礎に (ii)「被告人が現場にいたこと、および、被告人に

---

119) 平良木登規男「共謀共同正犯について」福田雅章ほか〔編〕『福田平博士・大塚仁博士古稀祝賀論文集 刑事法学の総合的検討(下)』有斐閣(1993年)所収478頁が指摘しているように、「もともと、わが国で述べられている『行為支配説』が、ドイツの“Tatherrschaft”から来ているものであるとはいえ、…“Tat”を、従前いわれているように、『行為』とするのは、必ずしも適当でなく、端的に『構成要件事実そのもの』を指す」のである。

120) Roxin, a.a.O. (Fn. 12), S. 299. なお、行為支配論が採用されているわけではないが、島田聡一郎「共謀共同正犯論の現状と課題」川端博ほか〔編〕『理論刑法学の探究③』成文堂(2010年)所収67頁の指摘も重要である。

121) Werle/Burghardt, a.a.O. (Fn. 20), S. 54.



よる諸種の行動」というあまり特定されていない事実が組み合わされることで判断がよりいっそう抽象的になってしまっていることによっても裏づけられる。さらにいえば、共同正犯とされる関与者 1 人 1 人による単独の寄与では必ずしも犯罪の結果に対する因果性が要求されるわけではなく、共同正犯としての寄与は、個々の共同正犯による寄与が全体として結果に因果性があるのであれば、十分であるといえる<sup>122)</sup>。

この点、「機能的行為支配」、すなわち、「自己の任務を実行しないことによって当該犯罪の実行を頓挫させることができる」という基準については、たしかに、それがもしも本件の事実審OLGのように「仮定的消去法」を意図するものであれば、すなわち、それが文字通りに「被告人が自己の任務をしなければキジグロの虐殺の実行それ自体が頓挫していたであろう」という基準として理解されるのであれば、そのような理解には疑問の余地がないわけではない。というのも、それは、被告人による単独の寄与がキジグロの虐殺の「因果経過をほしいままに左右する」ところまで不可欠であることを要求することにもなってしまうかねず、その結果、行為の全体のうちの一部しか分担していない者でさえも、実現された違法な事実の全部について正犯としての刑事責任を問われるという意味で「因果関係の補充ないし拡張が認められる」という共同正犯の本質<sup>123)</sup>（いわゆる「一部実行の全部責任の原則」）が失われてしまうからである<sup>124)</sup>。しかしながら、「自己の任務を実行しないことによって当該犯罪の実行を頓挫させることができる」という基準を、共同正犯における「頓挫させられる可能性は、積極的な寄与における本質的に重要なという性質の側面の 1 つにすぎない」(die Möglichkeit des Scheiternlassens nur ein Aspekt der Wesentlichkeit des positiven Beitrags ist)<sup>125)</sup> ことを踏まえながら、行為支配説とは「実現事実を第 1 次的に帰せられるべきものとされる程度に大きな役割を演じればそれで正犯とする」説である<sup>126)</sup> という当該概念の本質に立ち返って理解する

---

122) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 88), § 25 Rn. 213.

123) 井田（前掲注13・理論構造）346頁以下、同（前掲注13・講義刑法学）461頁。

124) 後藤（前掲注86）13（254）頁。

125) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 88), § 25 Rn. 257. なお、*Schünemann*, a.a.O. (Fn. 80), § 25 Rn. 159 も参照。

のであれば、この基準は、被告人が自己の役割分担を通じて「犯罪実現に対する本質的な機能（ないし重要な寄与）」<sup>127)</sup>を果たしていたかどうかという基準として積極的に把握し直すこともできるであろう。この場合、事実審OLGが、「攻撃者らは、権威を重んじていたため、自分たちの『管理人』らの指示なく突撃することをあえてしようとはしなかった。さらに、攻撃者らは、有力者らによる事象の操縦なく、連携的な攻撃をすることもできなかった」<sup>128)</sup>と認定していることは看過されるべきではない。というのも、これは、「管理人」・「市長」としての「被告人の地位および権能に基づいて有力者かつ名望家として際立っていた被告人」が共同正犯の1人としてキジグロの虐殺に「本質的に重要な寄与」をしていることを端的に根拠づけているといえるからである<sup>129)</sup>。

最後に、(v)「被告人の視点」に基づく評価も妥当ではないといえる。というのも、正犯性の判断にあたっては、当該行為寄与を関与者自身がどのように評価していたのかではなく、当該寄与が客観的に「本質的に重要な寄与」といえるか否かに従って判断されるべきであるからである。この点、学説からも批判されているように、この場合、「決定的に重要であるのは、行為寄与の客観的な評価なのであって、関与者自身による評価ではない」<sup>130)</sup>のである。

#### 4. 4. 2. 上告審BGHに対する検討

上告審BGHの検討手法については、(i) 評価の基礎とされた事実が事実審OLGよりも詳細、かつ、具体的に考慮された結果として「正犯性」が肯定されたことは評価できる一方、他方では(ii)「行為支配」という指導理念が「価値的な考察」において十分に活かされていないという点で問題があったと思われる。これをもう少し敷衍すると以下ようになる。

まず、(i) について、「正犯性」の有無の認定にあたって、事実審OLG

126) 井田（前掲注13・理論構造）294頁以下および348頁以下、同（前掲注13・講義刑法学）435頁以下および461頁以下など参照。

127) 井田（前掲注13・理論構造）349頁、同（前掲注13・講義刑法学）462頁。

128) 事実審OLG, Rn. 246.

129) *Werle/Burghardt*, a.a.O. (Fn. 20), S. 53.

130) *Ibid.*

のそれとは対照的に、上告審BGHが、正犯性を肯定する事情として、「被告人の地位および権能に基づいて有力者かつ名望家として際立っていた被告人が、すでに虐殺の準備段階から関与していたこと」、および、「直接的な行為事象に対してもいくつかの本質的に重要な寄与を行っていた」ことを中心に少なくとも11個の事実(上記4. 3. 1 参照)を具体的に摘示して判断の基礎に組み込んでいることは妥当であったと考える。というのも、既述(上記4. 1)した日独および国際刑法の判例・学説が是認しているように、それ自体単独で(共同)正犯を根拠づけ又は排除する客観的な事情があるのかといえ、そのような事情が——少なくとも今のところは——存在していないため、正犯性を根拠づける行為支配という「開かれた基準」(「上位基準」)を充足する事情については、事例ごとに個別・具体的に「下位基準」となる事情に基づいて判断せざるをえないからである<sup>131)</sup>。また、正犯性の認定にあたってどのような事情が重視されていたのかが詳細に示されていればいるほど事後検証も容易になるため、それだけいっそう判断の恣意性が排除される可能性も高くなるように思われる。その意味で、本件の事実審OLGによって認定された数多くの事実について、上告審BGHが、上記4. 3. 1で指摘しているように、さらにそのような事実のうちの、どの事実が重視されるべきであることを明示していることは、ジェノサイドの正犯が認められる客観的な事実の具体例を下位基準として類型化していく上で、国内(ドイツ)刑法だけではなく、国際刑法上も今後とも十分に参照に値する内容を含んでいる。

次に、(ii)について、上告審BGHが、事実審OLGのいう「仮定的消去法」や「被告人の視点」に基づく評価を排斥したことは評価できるとしても、正犯性を根拠づける基準として「行為支配」を十分に考慮していないという点では疑問が残る。本件の上告審BGHは、既述のように、従前の判例に

---

131) 井田(前掲注13・講義刑法学)465頁注15では、行為支配論の立場からも、共同正犯における「合意成立への働きかけの強さや、犯罪遂行過程における役割の大きさは重要な違法要素であり、また、結果実現(利益享受)の欲求の強さや動機の強さについては、犯罪実現にあたり主導的役割を担ったことを示す重要な状況証拠として理解することが可能である」とされている。さらに、オステン(前掲注83)490頁も「行為支配の内部の諸要素をさらに具現化・具体化することは当然の検討課題となる」とする。

従って、「正犯意思」を基準に「全事情に基づく価値的な考察」をする際、「行為支配」を重視する「規範的組み合わせ説」を踏襲している。しかし、この「規範的組み合わせ説」の弱点は、「行為支配」が最終的な基準とはなっていないために、なぜ自らが指摘した上記の具体的な——主観的な事情を除いても少なくとも9つある——事実が「自己〔被告人〕の寄与を他の者〔ガテテや攻撃者らなど〕による活動の一部とみなすことができ、かつ、逆に、他の者による作為を自己に固有の行為寄与の補充とみなすことができる」<sup>132)</sup>のか、その理由を統一的に説明できない<sup>133)</sup>ことにある。ゆえに、このような観点からは、たとえ結果的には総合勘案する要素が完全には排除しきれないとしても、ICCの判例<sup>134)</sup>のように、「行為支配」という客観的視点と主観的視点の両基準を考慮することができる規範的な枠組み概念を価値的な判断の指導的な理念とする方が、より優れた評価手法であるように思われる。

#### 4. 4. 3. 検討の結果

以上の検討の結果、事実審OLGの手法にも上告審BGHの手法にも、それぞれ評価されるべき点と、問題とされるべき点があることが明らかとなった。

では、正犯性の有無を認定するためには、いかなる「事情」を、どのような「評価方法」で考察するべきであるのか。

上記（4. 4. 1 および 4. 4. 2）における検討の結果を改めて確認すれば、「事情」については、たしかに、事例ごとに個別・具体的に判断せざるをえないが、その「評価方法」は「行為支配」という客観的視点と主観的視点の両基準を考慮することができる規範的な判断枠組みによって考察するべきである、ということになる。

132) 上告審BGH, Orientierungssatz 3.

133) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 88), § 25 Rn. 25 f.; *Stratenwerth/Kuhlen*, a.a.O. (Fn. 92), § 12 Rn. 92.

134) ICC 2007年1月29日予審裁判部第1法廷決定 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06), para. 338; ICC 2012年3月14日第一審裁判部第1法廷判決 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06), para. 1003; ICC 2014年12月1日上訴裁判部判決 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06 A 5), para. 473.

この考察方法には、たしかに、基準として不確かな部分が残されている。しかし、そのような不確かな部分については、「上位基準」である「行為支配」を補充する「下位基準」としての「客観的な事情」および「主観的な事情」を個別の事例に基づいて具体的に類型化していくことが重要である。

この点、少なくとも本件の場合には、「客観的な事情」として、以下の9つを挙げることができる。すなわち、(i) 市長・管理人としての被告人の地位、(ii) 被告人と攻撃者らとの間にあった上下関係の存在、被告人が(iii) 犯行現場となった教会の司祭らに事前に攻撃を警告して立ち退きを要求していたこと、(iv) 虐殺を決定した会合に参加していたこと、(v) ガテテと一緒に犯行現場に現在していたこと、(vi) ガテテによる犯行開始の号令を追呼して攻撃者らに殺害を直接的に命令していたこと、(vii) 犯行中にも殺害の続行、逃亡防止のための見張りの用意、敵軍の接近に伴う殺害の迅速化などの指示を出していること、(viii) 殺害のための援軍を自ら出向いて補充していること、および、(ix) ガテテと共に近所にある病院に赴き同病院にいたツチ族を連れて来るように命令したことである。このうち、「行為支配」を根拠づける「本質的に重要な寄与」の存在は、本件の場合、特に、実行段階における(v) から(xi)の事情によって裏づけられる。さらに、主観的な事情として、以下の2つを挙げることができる。すなわち、詳しくは後述（下記5および6参照）するジェノサイドの破壊する意図との関係で、(x) 被告人の利益・目的・動機——すなわち、ルワンダの国家体制内での自己の地位の保持（最終目標）、および、そのために不可避免的にもたらされるツチ族という民族的な集団（の一部）の破壊（中間目標）——、ならびに、(xi) 本件虐殺が国家的に促進されているジェノサイド活動の一部であったことの認識である。

#### 4.5. 小括

以上のように、本件の場合、既述のような客観的な事情、および、主観的な事情が、「行為支配」という基準に基づいて統一的に評価される場合、本件の被告人の（共同）正犯性は十分に根拠づけられることになる。この意味で、本件におけるこれらの事実は、ジェノサイドの正犯性が認められる事実の具体例を類型化していく上で、国内（ドイツ）刑法だけではなく、国際刑法上も今後とも十分に参照に値する内容を含んでいる。

「行為支配」、すなわち、「実現事実を第1次的に帰せられるべきものとされる程度に主導的役割を演じ」<sup>135)</sup> ている者が犯罪を「支配」しているという概念は、正犯性の有無を認定するために、無数にある事実の中から、必要な事情を取り上げ、不要な事情を捨て去るという事実の取捨選択をする上で、1つの有用な基準を提供している。とはいえ、この際、特に留意されなければならないのは、つとに別稿<sup>136)</sup> で指摘しているように、「行為支配」という「基準として一定の不明確さは払拭できない」<sup>137)</sup> 要件を補充・具体化する作業はこれからも継続的に行われる必要があるということである。

この点、これからの課題として、本件では裁判所によっては特段の考慮がなされていなかった事情——例えば、被告人と同等のレベルにあった他の共犯者らとの関係<sup>138)</sup> や、被告人が事前の準備段階で開催された会合で具体的に果たした役割<sup>139)</sup> など——も、今後は、「行為支配」の有無を判断するための「下位基準」として考慮する余地が十分にある。

このように、たしかに「行為支配」という基準は、ジェノサイドの正犯性を根拠づける上でも重要な基準である。しかしながら、それだけで、ジェノサイドの正犯性が十分に根拠づけられるわけではない。すなわち、「行為支配」の他に、なお、ジェノサイドにとって最重要の要素の1つである「破壊する意図」という特別の主観的要素が充足されなければならない。したがって、次章以下では、このジェノサイドの「破壊する意図」について、

---

135) 井田（前掲注13・理論構造）294頁以下および348頁以下、同（前掲注13・講義刑法学）435頁以下および461頁以下など参照。

136) 後藤（前掲注86）27（240）頁参照。

137) 井田（前掲注13・理論構造）297頁。

138) ガテテ以外の被告人と「同等の」地位にある他の共犯者（N、Kなど）との関係性については、事実審も、教会にいたツチ族に対する攻撃について、攻撃者らは、「権威を重んじていたため、自分たちの『管理人』の指示なく突撃することをあえてしようとはしなかった。さらに、攻撃者らは、有力者らによる事象の操縦なく、連携的な攻撃をすることもできなかった」と認定している（事実審OLG, Rn. 246）。ゆえに、この場合、「有力者らによる事象の操縦」がどのように可能であったのか、すなわち、被告人と他の有力者らとの役割分担がどのようになされていたのかは、正犯性（行為支配）を認定するにあたって、考慮しなければならない重要な要素の1つに十分になりうる。



( 50 ) ジェノサイドにおける「行為支配」と「破壊する意図」

さらに掘り下げて考えてみたい。

## 5. 「破壊する意図」は「目的」か「認識」か

### 5. 1. 問題の所在

既述（上記 1. 3）のように、ジェノサイドの定義では、国際法上の規定であるかドイツ刑法上の規定であるかを問わず、特定の集団を「破壊する意図」という要件が一貫して要求されている。ゆえに、中級レベルの関与者のジェノサイドの正犯性をどのように根拠づけることができるのかという問題を検討するにあたっては、疑いの余地なく、この意図要件に対する考察が必要不可欠である。

また、本件の場合、事実審OLGは被告人の「破壊する意図」を否定していたのに対して、上告審BGHは被告人の「破壊する意図」を肯定したことから、この問題に対する検討は、いっそう不可避であるといえる。

既述（上記 1. 3）のように、この問題については、ジェノサイドをめぐる近時の最重要な論点の 1 つとして、ジェノサイドの正犯は、「破壊する意図」(intent to destroy; Zerstörungsabsicht) を自己の「目的」として有しているべきであるのか、又は自己の所属する共同体ないし組織の有する「破

---

139) なお、本件の場合には被告人が実行段階において現場に存在していたために争点とはならなかったが、準備段階の寄与だけでも共同正犯を根拠づけるか否かは、ジェノサイドの中級レベルの関与者の正犯性の有無を考える上で、極めて重要な問題の 1 つであるといえる。高山佳奈子「国際刑事法をめぐる課題と展望」刑事法ジャーナル27号（2011年）8 頁では、「日本の共犯論」が「今後 ICC や諸外国の模範となる余地もある」と指摘されているが、この場合、この問題については、日本における「共謀」の認定に関する議論が参考になるのかもしれない。例えば、西田（前掲注90）51 頁などのように、「①暴力団その他の組織的犯罪の場合には共謀者と実行者との主従関係、②犯罪計画の立案、実行方法や役割分担の指示、謀議の主宰や指導等共謀者が謀議において果たした役割の重要性、③犯罪の準備段階、実行段階において共謀者が分担した役割の重要性等の下位基準によって、実行に準ずる支配関係、役割分担関係を具体的に類型化する」という見解などである。さらに、国際刑法における「準備段階の寄与と共同正犯」の問題に関する邦文献としては、後藤（前掲注86）27（240）頁以下も参照。



壊する意図」の単なる「認識」でも足りるのか、という議論がある。この点、たしかに、ドイツ刑法の観点からは、「Absicht」という概念は、いわゆる「第1段階の故意」(*dolus directus ersten Grades*)を想起させるものであり、正犯自身が「目的」などを有していることは当然の帰結であるようにも考えられる。しかし、近時、ドイツ国内外を問わず広く一般的に、国際刑法の観点から、とりわけ、ICC規程における主観的要素に関する一般規定である30条における「intent」——同30条<sup>140)</sup>では、「別段の定め」がない限り、「故意に及び認識して」(*intent and knowledge*)<sup>141)</sup>犯罪の客観的要素が実現されることが要求されている——という概念に着目し、ジェノサイドの成立範囲を過度に縮小しないようにするため、ジェノサイドの正犯は、「破壊する意図」の単なる「認識」でも足りるとする見解も有力に提唱されている。

以下では、このジェノサイドの「破壊する意図」をめぐる重要論点について、まず、ジェノサイドの正犯にとって、「破壊する意図」は自己の「目的」なのか、又は自己の所属する共同体ないし組織の有する当該意図の単なる「認識」でも足りるのかという争点について検討する。

この問題は、実際には、3つの学説に整理することができる。すなわち、目的説 (*purpose-based approach*)、認識説 (*knowledge-based approach*)、および、この両者の折衷説 (*structure- and knowledge-based approach*) である。以下では、この3つの学説の内容とそれが提唱されている理由を順

---

140) ICC規程30条に関する近時の邦文献としては、例えば、横濱和弥「国際刑法における犯罪の主観的成立要件について——国際刑事裁判所規程30条における『Intent and Knowledge』の意義——」法学政治学論究109号(2016年)67頁以下などがある。また、後藤啓介「国際刑事法における行為支配論と共同正犯(3・完)——2014年12月1日の国際刑事裁判所ルバンガ事件上訴裁判部判決を契機として——」亜細亜法学51巻1号(2016年)17(178)頁以下も参照。

141) 本来、日本刑法上の用語でいう「故意」は「認識」を当然に前提とする(「故意」には「認識」が含まれている)のであるから、「故意」と「認識」が重疊的に要求されているこの訳語は、基本的には妥当ではない。しかし、本稿の主眼は30条を論ずることにはないため、ここでは公定訳に従っておく。なお、これについては、後藤(前掲注140)24(171)頁注295なども参照。また、横濱(前掲注140)70頁でも、同様の理由から、この日本語公定訳には「違和感を覚える」とされている。

次概観し、いずれの見解が妥当であるのかについて検討する。

## 5. 2. 目的説

目的説によれば、ジェノサイドにいう「破壊する意図」は、「特別の意図」(*dolus specialis*; specific intent; special intent) や「目標に向けられている意思」(*das zielgerichtete Wollen*) などの意味で理解され、当該集団の全部又は一部を破壊することが、ジェノサイドの正犯の目的でなければならないとされている<sup>142)</sup>。

このような理解によれば、単なる「認識」や「未必の故意」などでは「破壊する意図」の要件を充足するには不十分である。

したがって、この見解によれば、上級レベルの関与者はもちろんのこと、それ以外の中級・下級レベルの関与者も、当該集団（の一部）を破壊する

---

142) *Payam Akhavan*, The Crime of Genocide in the ICTR Jurisprudence, JICJ, Vol. 3 (2005), p. 992; *Antonio Cassese*, Genocide, in: *Antonio Cassese/Paola Gaeta/John R.W.D. Jones* (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court – A Commentary Vol. I, Oxford 2002, p. 338; *Robert Cryer/Håkan Friman/Darryl Robinson/Elizabeth Wilmshurst*, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 3<sup>rd</sup> ed., Cambridge 2014, pp. 220 *et seq.*; *Hübner*, a.a.O. (Fn. 75), S. 152 ff.; *Barbara Lüders*, Die Strafbarkeit von Völkermord nach dem Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof, Berlin 2004, S. 125; *Paul Mysliwiec*, Accomplice to Genocide Liability – The Case for a Purpose Mens Rea Standard, Chicago Journal of International Law (CJIL), Vol. 10 (2009), pp. 401 *et seq.*; *David L. Nersessian*, The Contours of Genocidal Intent – Troubling Jurisprudence from the International Criminal Tribunals, Texas International Law Journal (TILJ), Vol. 37 (2002), p. 265; *Safferling/Grzywotz*, a.a.O. (Fn. 21), S. 188, 191; *Cécile Tournaye*, Genocidal Intent Before the ICTY, International and Comparative Law Quarterly (ICLQ), Vol. 52 (2003), p. 453; *Johan D. Van der Vyver*, The International Criminal Court and the Concept of *Mens Rea* in International Criminal Law, University of Miami International and Comparative Law Review (UMICLR), Vol. 12 (2004), pp. 84 *et seq.*; *Werle/Jeßberger*, a.a.O. (Fn. 75), Rn. 875 f, 884 f.; 後藤（前掲注14）121頁など参照。なお、「目標に向けられている意思」という訳語をはじめ、ドイツ刑法における「Absicht」概念に関する邦文献としては、例えば、伊藤亮吉『目的犯の研究序説』成文堂（2017年）11頁以下および26頁以下なども参照。

目的をもって行為していなければ、少なくともジェノサイドの正犯とはならない。

この説が提唱される理由としては、ジェノサイドの「当該行為者が当該行為〔集団の破壊〕をもたらすことを明確に追求している」<sup>143)</sup> (the perpetrator clearly seeks to produce the act) ことに、この犯罪の中心的な意義<sup>144)</sup>があるため、ジェノサイドの定義にいう「破壊する意図」(intent to destroy)は、単なる「intent」(通常の意図)ではなく、「special intent」(特別の意図)と理解されなければならないからであるとされている。ジェノサイドの「特別の意図」を「通常の意図」とは区別するという国際刑法上の考え方は、ドイツ刑法における一般的な理解にも通ずるものがある。すなわち、行為者の主観的要素に関する諸概念の分類について、ドイツ刑法においても、通説<sup>145)</sup>によれば、「意図ないし第1段階の故意」(Absicht; *dolus directus* ersten Grades)、「直接的故意ないし第2段階の故意」(*direkter Vorsatz; dolus directus* zweiten Grades) および、「未必の故意」(*Eventualvorsatz; dolus eventualis*) が区別されているが、目的説によれば、この3つの区別のうち、ジェノサイドにいう「特別の意図」は、「Absicht」にしか対応していないということになる。

この見解によれば、「破壊する意図」は、ジェノサイドを殺人罪や傷害罪などの「通常犯罪」だけではなく、人道に対する犯罪や戦争犯罪などの他の「中核犯罪」と区別する上でも決定的に重要な要素となる。というのも、もしも行為者にこのような目的がなければ、いかなる残酷な行為といえどもジェノサイドには該当しえないからである<sup>146)</sup>。また、この意図は、ジェノサイドという犯罪に、組織犯罪としての要素および中核犯罪としての要

143) ICTR 1998年9月2日第一審裁判部第1法廷判決 (*Akayesu*, ICTR-96-4-T), para. 498.

144) レムキンも、ジェノサイドは「当該集団それ自体を絶滅する目的」(with the aim of annihilating the groups themselves) をもって行われることを想定していた (*Lemkin, supra* note 1, p. 79)。なお、*Safferling/Grzywotz*, a.a.O. (Fn. 21), S. 189 も参照。

145) *Frister*, a.a.O. (Fn. 88), Kap. 11, Rn. 13; *Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996, S. 297 ff.; *Wessels/Baulke/Satzger*, a.a.O. (Fn. 118), Rn. 316 ff.

素があることを最も鮮明に体现している<sup>147)</sup>。さらに、この見解によれば、罪数評価の問題としても、「破壊する意図」は、とても重要な指標となる。というのも、たとえ当該集団の構成員の殺害などのジェノサイドの個別的行為が複数個あったとしても、当該行為が時間的・場所的な近接性ないし関連性をもって行われ、かつ、同一の集団に対して向けられた1個の「破壊する意図」に基づいている場合、原則として、それらの複数個の行為はただ1個のジェノサイドを構成するからである<sup>148)</sup>。

この見解は、国際的には、ICTR<sup>149)</sup>、ICTY<sup>150)</sup> およびICC<sup>151)</sup> の各裁判例によって一貫して支持されている。また、ドイツでも、上記3. 2で言及したように、BGHなどの判例<sup>152)</sup> によって支持されている。本件の事実審OLG判決<sup>153)</sup> および上告審BGH判決<sup>154)</sup> も基本的にはこの立場である（ただし、この

---

146) ICTR 1998年9月2日第一審裁判部第1法廷判決 (*Akayesu*, ICTR-96-4-T), para. 519.

147) *Werle/Jelberger*, a.a.O. (Fn. 75), Rn. 817.

148) BGHSt 45, 64 (88 f.) = BGH, Urteil des 3. Strafsenats vom 30.04.1999 – 3 StR 215/98 –, juris, Rn. 54 f.; *Werle/Jelberger*, a.a.O. (Fn. 75), Rn. 897; 後藤（前掲注1）365頁など参照。

149) ICTR 1998年9月2日第一審裁判部第1法廷判決 (*Akayesu*, ICTR-96-4-T), para. 498（ただし、para. 520はpara. 498と矛盾している）；ICTR 2003年5月26日上訴裁判部判決 (*Rutaganda*, ICTR-96-3-A), paras. 524 *et seq.*

150) ICTY 1999年12月14日第一審裁判部判決 (*Jelisić*, IT-95-10-T), paras. 66, 107 *et seq.*; ICTY 2001年7月5日上訴裁判部判決 (*Jelisić*, IT-95-10-A), paras. 45 *et seq.*; ICTY 2001年8月2日第一審裁判部判決 (*Krstić*, IT-98-33-T), para. 571; ICTY 2004年4月19日上訴裁判部判決 (*Krstić*, IT-98-33-A), paras. 20, 134; ICTY 2016年3月24日第一審裁判部判決 (*Karadžić*, IT-95-5/18-T), para. 549.

151) ICC 2009年3月4日子審裁判部決定 (*Al Bashir*, ICC-02/05-01/09), para. 139 with fn. 154. なお、同決定では、ICC規程6条にいう「intent」は「special intent」（特別の意図）と理解されているのに対して、同30条本文にいう「intent」は「general intent」（通常の意図）と理解され、それぞれ異なる概念として把握されている。

152) BGHSt 45, 64 (81, 86, 89) = BGH, Urteil des 3. Strafsenats vom 30.04.1999 – 3 StR 215/98 –, juris, Rn. 45, 52, 55; BGH NJW 2001, 2732 (2733) = BGH, Beschluss des 3. Strafsenats vom 21.02.2001 – 3 StR 244/00 –, juris, Rn. 14.

両判決の結論の相違とその理由については、下記6. 2および6. 3を参照)。

### 5. 3. 認識説

認識説によれば、破壊を目的としている場合だけではなく、自分の所属している共同体ないし組織が当該集団の全部又は一部を破壊するという目標を追求していることを認識している（だけにすぎない）場合にも、ジェノサイドの正犯になりうるとされ、「破壊する意図」には、「認識」が含まれうるとされている<sup>155)</sup>。

このような理解によれば、目的説とは異なり、「破壊する意図」には「未必の故意」さえも含まれる余地がある。

ゆえに、この見解によれば、破壊する目的をもっている自己の共同体によるジェノサイドの活動を認識してさえいれば、中級・下級レベルの関与者はもちろんのこと、自らは破壊する目的をもっていない上級レベルの関与者でさえも、場合によっては、ジェノサイドの正犯になりうるとされている。

認識説が提唱されている背景には、主に2つの事情がある。すなわち、「破壊する意図」における「意図」という文言の解釈、および、目的説に対する批判である。

前者については、認識説によれば、ジェノサイド条約2条やICC規程6条などにおける「intent to destroy」（破壊する意図）にいう「intent」（意図）

153) 事実審OLG, Rn. 629.

154) 上告審BGH, Rn. 16.

155) *Berster*, a.a.O. (Fn. 21), S. 72; *Alexander K. A. Greenawalt*, Rethinking Genocidal Intent – The Case for a Knowledge-based Interpretation, *Columbia Law Review* (CLR), Vol. 99 (1999), p. 2288; *Claus Kreß*, The Darfur Report and Genocidal Intent, *JICJ*, Vol. 3 (2005), p. 577; *ders.*, The Crime of Genocide under International Law, *International Criminal Law Review* (hereinafter: ICLR), Vol. 6 (2006), p. 498; *ders.*, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 82; *Hans Vest*, A Structure-Based Concept of Genocidal Intent, *JICJ*, Vol. 5 (2007), pp. 781 *et seq.*; 増田（前掲注14）187頁、山本（前掲注14）192頁など参照。また、*William A. Schabas*, *Genocide in International Law – The Crime of Crimes*, 2<sup>nd</sup> ed., Cambridge 2009, pp. 242 *et seq.*, 264 も、どちらかといえば、この問題については認識説に好意的である。

という文言には国際刑法上「解釈の余地」(multiple interpretations; interpretationsoffen)があるため、この文言が必ずしも意思的要素ないし目的を要求しているとはいえない、とされている<sup>156)</sup>。

後者については、認識説によれば、法益侵害(の危険)という観点からは、集団の破壊が生ずることを確定的に認識している行為者は、破壊する意図をもってはいるが、それが実現されるのかどうかは確定的ではない行為者よりも、ずっと危険であるとされている(批判Ⅰ)<sup>157)</sup>。また、広範囲に及ぶジェノサイドの状況が発生している場合に、もしもジェノサイドの意図が欠如しているという理由から直接的に殺害行為に加担した者を幫助犯としてしか評価しないのであれば、ジェノサイドの成立範囲が不当に狭すぎるというのである(批判Ⅱ)<sup>158)</sup>。

#### 5. 4. 折衷説

この両者の中間に位置づけられうる見解として、目的説と認識説の折衷説(二分説)によれば、関与者のレベルに応じて、要求される主観的要素が相違することになる<sup>159)</sup>。すなわち、一方では、上級レベルの関与者は当該集団(の一部)を破壊する「目的」までなければジェノサイドの正犯にはなりえないとされている(目的説と同じであるが、認識説とは異なる)。しかし、他方では、中級・下級レベルの関与者はそのような「認識」のみでもジェノサイドの正犯になりうるとされている(目的説とは異なるが、認識説とは同じである)。

---

156) *Ambos*, *supra* note 11, p. 27; *Greenawalt*, *supra* note 155, p. 2279; *Kreß*, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 83. なお、*Berster*, a.a.O. (Fn. 21), S. 72 のように、たとえドイツ語の「破壊する意図をもって」(“in der Absicht [...] zu zerstören”)という文言に依拠したとしても、それは、「直接的故意」(*direkter Vorsatz*)、すなわち、「第2段階の故意」(*dolus directus zweiten Grades*)で十分であるとする見解もある。

157) *Kreß*, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 82, 85.

158) *Berster*, a.a.O. (Fn. 21), S. 72 f.; *Kreß*, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 88.

159) *Ambos*, *supra* note 11, pp. 27 *et seq.*; *Ambos/Penkuhn*, a.a.O. (Fn. 21), S. 763; *Harmen G. van der Wilt*, *Genocide, Complicity in Genocide and International v. Domestic Jurisdiction – Reflections on the van Anraat Case*, JICJ, Vol. 4 (2006), pp. 243 *et seq.*

折衷説が提唱されている理由としては、認識説における目的説に対する批判Ⅰおよび批判Ⅱを踏まえ、指導部クラスの正犯には、目標に向けられている結果意思の意味での意図が必要とされるべきであるのに対して、直接行為者には、実行行為の集団破壊的な性質についての認識で十分であると理解することによって、当該批判を回避するという狙いがある。

### 5. 5. 検討——目的説の妥当性

では、この3つの説のうちのいずれが妥当な見解であるのか。結論をいえば、目的説が妥当であるように思われる。

たしかに、認識説における文言解釈や目的説に対する批判Ⅰおよび批判Ⅱには、首肯されるべき点がないわけではない。しかしながら、これらの論拠は、目的説を否定するほどには説得力がない。以下ではそれぞれに対する理由を述べる。

第1に、ジェノサイドの「破壊する意図」にいう「意図」を、「確定的な認識」という一定の制限があるとはいえ、「目的」ではなく、「認識」と読み替えることができるのか否かという文言解釈の問題について、たしかに、ジェノサイド条約の成立過程を紐解くだけでこの問題に決着を図ろうとするのは困難である<sup>160)</sup>。というのも、ジェノサイド条約の準備作業 (the *travaux préparatoires*) からは、条約起草者のいわゆる「立法者意思」が必ずしも「破壊する意図」を「目的」と理解していたとは言い切れないとする見解<sup>161)</sup> もあれば、その真逆の見解<sup>162)</sup> もあるからである。

しかし、その後の慣行をみれば、立法論としてはともかく、解釈論としては、「意図」を「認識」と理解することに正当性を見出すことが、ドイツ刑法および国際刑法の判例・学説上、極めて困難な状況にあることが分かる。まず、ドイツ刑法上の「Absicht」は、判例・通説ともに、ジェノサイドの「破壊する意図」に限らず、他の通常犯罪の「Absicht」と同様の意味で理解されている。具体的には、本件の上告審BGHは、ラインラント・プ

160) *Kreß*, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 88 mit Fn. 304.

161) *Greenawalt*, *supra* note 155, pp. 2270 *et seq.*; *Kreß*, *supra* note 155 (ICLR), pp. 494 *et seq.*

162) *Werle/Jeßberger*, a.a.O. (Fn. 75), Rn. 876.



ファルツ州での違法な選挙資金に関する出資詐欺（ドイツ刑法263条にいう詐欺罪では条文上「違法な財産上の利益を自ら得又は第三者に得させる目的」が要求されている）についての最近のBGH判決<sup>163)</sup>を引用しつつ、ジェノサイドの「破壊する意図」にいう「Absicht」をドイツ刑法の通常犯罪における「Absicht」概念にならって「目標に向けられている意思」の意味で理解している。これについては、ドイツ刑法上の通説も通常犯罪の「Absicht」を基本的にはそのように理解<sup>164)</sup>している。また、同様に、「intent to destroy」に対する国際刑法上の解釈も、既述（上記5. 2）のように、判例・通説ともに、ジェノサイドの「intent」は、ICC規程30条にいう「別段の定め」にあたるとして、30条本文に規定されている「intent」などとは異なる「special intent; specific intent」（特別の意図）の意味で解釈されている。そのため、国際刑法上の「intent」概念にはさまざまな「解釈の余地」が残されているという認識説からの主張（上記5. 3参照）にもかかわらず、少なくとも、ジェノサイドの意図に限っては、ドイツ刑法上も国際刑法上も、その解釈を今になって突然に変更することによって、確立された判例・学説がもたらす法的安定性を危険にさらすことにどこまで正当性を見出すことができるのか定かではない。

第2に、上記の批判Iについて、認識説が特に疑問視されるのは、ジェノサイドの構成要件を組織内部の命令者と受命者とともに同程度に適用させようとして、ジェノサイドの意図を認識に置き換えてしまっていることである。言い換えれば、ジェノサイドのような組織犯罪の場合において、その関与の主観的なレベルの相違を考慮せず一律に認識で足りるとすることによって、一緒くたにジェノサイドの正犯と評価することが認識説の問題なのである。

---

163) BGH, Urteil des 3. Strafsenats vom 11.12.2014 - 3 StR 265/14, juris Rn. 66. なお、さらに、同判決は、BGHSt 16, 1 (3 ff.) = BGH, Beschluss des 4. Strafsenats vom 23.02.1961 - 4 StR 7/61 -, juris, Rn. 8 ff. を引用している。引用されている決定に関する邦文献としては、伊藤（前掲注142）26頁以下なども参照。さらに、ドイツ刑法263条の訳語については、法務省大臣官房司法法制部司法法制課〔編訳〕『ドイツ刑法典』法務資料461号（2007年）159頁以下参照。

164) *Frister*, a.a.O. (Fn. 88), Rn. 13 f.; *Jescheck/Weigend*, a.a.O. (Fn. 145) S. 297 f.; *Wessels/Beulke/Satzger*, a.a.O. (Fn. 118), Rn. 318.

第3に、上記の批判Ⅱについては、以下で検討する中間目標説によって十分に克服することが可能である（下記6.3および6.4参照）。

いずれにせよ、諸種の関与形式において何らかの差異によって区別することが予定されている体系——正犯と共犯とが区別される体系——が採用されている法制度の場合（例えば、日本刑法、ドイツ刑法、ICC規程などの場合）、それぞれの関与形式は、個人の刑事責任の程度に応じて段階的に把握されるべきである<sup>165)</sup>。この場合、ある犯罪について正犯として最大限に帰責されるべきであるのは、当該犯罪の主観的要素を完全に充足している者でなければならない<sup>166)</sup>。ゆえに、行為者の組織内でのレベルにかかわらず、「破壊する意図」をもって行為していることこそがジェノサイドの正犯としての責任を根拠づけるといわなければならない。それ以外の者、すなわち、当該活動のジェノサイド的な性質を認識しているだけで、「破壊する意図」を共有していない者は、ジェノサイドの共犯としての責任しか問われえない。

結局、このように考えれば、折衷説にも十分な説得力があるとはいえない。というのも、ジェノサイド活動を推進している組織内部の上級レベルにある関与者が「破壊する意図」をもって行動していることが一般的に多いということまではできても、必然的であるとまではいえないからである。すなわち、上級レベルの関与者は「破壊する意図」が必要であるのに対して、

---

165) *Ambos*, *supra* note 83, pp. 146 *et seq.*; *Andreas Herzig*, Die Tatherrschaftslehre in der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs, ZIS, Bd. 4 (2013), S. 197 f.; *Elies van Sliedregt*, Individual Criminal Responsibility in International Law, Oxford 2012, pp. 37, 65 *et seq.*; *Hans Vest*, Problems of Participation – Unitarian, Differentiated Approach, or Something Else?, JICJ, Vol. 12 (2014), pp. 295, 302 *et seq.*; *Gerhard Werle*, Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute, JICJ, Vol. 5 (2007), pp. 956 *et seq.*; *Gerhard Werle/Boris Burghardt*, Establishing Degrees of International Criminal Responsibility – Modes of Participation in Article 25 of the ICC Statute, in: *Elies van Sliedregt/Sergev Vasiliev* (eds.), Pluralism in International Criminal Law, Oxford 2014, pp. 306 *et seq.*; *Werle/Jeßberger*, a.a.O. (Fn. 75), Rn. 544 f.; オステン（前掲注83）492頁以下、後藤（前掲注13）18（173）頁以下、森下（前掲注14）104頁など参照。

166) *Werle/Jeßberger*, a.a.O. (Fn. 75), Rn. 884.

（60）ジェノサイドにおける「行為支配」と「破壊する意図」

下級レベルの関与者は「破壊する認識」だけで十分であるというのは、あまりにも形式的・図式的すぎる。いずれにせよ、最も重要なことの1つは、ジェノサイドの意図の有無は、事案ごとに当該個々人にあったか否かが検討されなければならないということなのである。

## 6. 「目的」は「最終目標」か「中間目標」か

### 6. 1. 問題の所在

既述（上記5. 3）のように、認識説における目的説に対する批判Ⅱによれば、目的説は「破壊する意図」を他の2つの説と比べて最も厳密に解していることから、結局のところ、ジェノサイドという犯罪の成立範囲を不当に狭めてしまうのではないか、という批判が提起されている。

しかし、それは本当に的を射た批判なのであろうか。以下では、まず、目的説の内部でも、さらに、本件の事実審OLGと上告審BGHとの間で「目的」を「最終目標」として理解する見解（最終目標説）と「中間目標」でも足りるとする見解（中間目標説）との対立があること、ならびに、中間目標説に対する批判（認識説からの批判Ⅲ、目的説からの批判Ⅳ、および、折衷説からの批判Ⅴ）を概観する（下記6. 2および6. 3）。次に、中間目標説によって認識説における目的説に対する批判Ⅱが克服されうることを明らかにし、さらには、それ以外に中間目標説に対して向けられている3つの批判（批判Ⅲ、批判Ⅳおよび批判Ⅴ）に対する反論を試み、結論として、中間目標説が妥当であることを示してみたい（下記6. 4）。

### 6. 2. 最終目標説

正確に言えば、ジェノサイドの意図について、それが、行為者の「最終目標」である必要があるのか「中間目標」でも足りるのかという対立軸は、実際には、学説の対立として顕在化してきた論点ではない。むしろ、ドイツの判例によって浮き彫りにされた論点である。

具体的には、本件の事実審OLGは、ガテテおよび攻撃者らについては、ツチ族の破壊が「最終目標」（Endziel）であったと認定して、当該者らは「破壊する意図」を有していたと認定した<sup>167)</sup>。一方、他方で、被告人については、ツチ族の迫害や破壊が「特別に固有の関心事ではなく」（kein besonderes

eigenes Anliegen)、「ツチ族に対して曖昧な態度」(gegenüber der Volksgruppe der Tutsi eine ambivalente Haltung)をとっていたと認定して、被告人が「破壊する意図」有していたとは認定しなかった<sup>168)</sup>。

したがって、このような事実審OLGによる認定からは、当該集団（の一部）を破壊することが、行為者の「最終目標」ないし「固有の関心事」でないのであれば、ジェノサイドの「破壊する意図」を認定できないのではないか、という推論が導き出されうる。

しかし、すぐ直後（下記6.3）に言及するように、本件の上告審BGHは、このような事実審OLGによる認定を支持しなかった。

### 6.3. 中間目標説

最終目標説とは対照的に、中間目標説によれば、当該集団の全部又は一部を破壊することが正犯の「中間目標」(Zwischenziel)である場合にも、ジェノサイドの意図を是認しうるとされている<sup>169)</sup>。また、この見解によれば、集団を破壊する攻撃に関与するという行為者の認識を、ジェノサイドの意図に置き換えることはできないが、しかし、当該認識は、当該意図の存在を間接的に証明しうるとされている<sup>170)</sup>。

本件の上告審BGH判決は、事実審OLGによる被告人の「破壊する意図」に関する部分の認定を批判し<sup>171)</sup>、さらには、「中間目標」説を主張する学説<sup>172)</sup>を直接的に引用して、ツチ族という民族的な集団それ自体の少なくとも一部を破壊することが被告人にとって「中間目標」でしかなく、その背後に別の目的——ルワンダの国家体制内での自己の地位の保持という「最終目標」——が存在していたとしても、依然として本件の被告人にはジェノサイドの意図があったとすることができる、ということを示唆した<sup>173)</sup>。また、

167) 事実審OLG, Rn. 278, 629.

168) 事実審OLG, Rn. 226-231, 635.

169) *Werle/Jeßberger*, a.a.O. (Fn. 75), Rn. 875.

170) *Ibid.*

171) 上告審BGH, Rn. 15.

172) 当時の最新版であった*Gerhard Werle, Völkerstrafrecht*, 3. Aufl., Tübingen 2012, Rn. 814 が直接引用されている。なお、同箇所の内容は、現時点の最新版である*Werle/Jeßberger*, a.a.O. (Fn. 75), Rn. 875 にもそのまま引き継がれている。

本件の上告審BGHは、既述（上記5.5）のように、ラインラント・プファルツ州での違法な選挙資金の出資詐欺（ドイツ刑法263条）に関する最近のBGH判決<sup>174)</sup>を引用しつつ、超過的内心傾向を伴うその他の通常犯罪の場合と同様に、ジェノサイドの「破壊する意図」は、当該正犯の「最終目標」である必要はない、と明確に判示している<sup>175)</sup>。

このように、本件の上告審BGHは、「中間目標」としての「破壊する意図」を肯認し、当該集団の全部又は一部を破壊することがジェノサイドの正犯の「最終目標」である必要はないとしている。したがって、本件の事実審OLGと上告審BGHが従来のBGHの判例に沿っていずれも目的説を採用していたにもかかわらず、前者は被告人の「破壊する意図」を否定する一方、他方では後者がそれを肯定したという結論の差異は、実際には、最終目標説と中間目標説のいずれを採用したのかの違いであったと評することもできる。

BGHが、ジェノサイドの「破壊する意図」を「中間目標」として理解していることについては、「歓迎すべきもの」と評価する学説<sup>176)</sup>がある一方、他方では、激しい批判にもさらされている。すなわち、具体的には、主に、以下の3つの批判がある。

まず、批判Ⅲとして、認識説の立場から、中間目標説が、個々の正犯が有するジェノサイドの意図を個別的行為が包含されている全体行為の文脈

---

173) 上告審BGH, Rn. 16.

174) BGH, Urteil des 3. Strafsenats vom 11.12.2014 - 3 StR 265/14, juris Rn. 66. なお、さらに、同判決は、BGHSt 16, 1 (3 ff.) = BGH, Beschluss des 4. Strafsenats vom 23.02.1961 - 4 StR 7/61 -, juris, Rn. 8 ff. を引用している。引用されている決定に関する邦文献としては、伊藤（前掲注142）26頁以下なども参照。

175) 上告審BGH, Rn. 16.

176) *Burghardt*, a.a.O. (Fn. 21), S. 107.

177) 上告審BGH, Rn. 18.

178) ICTY 2001年7月5日上訴裁判部判決 (*Jelisić*, IT-95-10-A), paras. 47 *et seq.*

179) ICTR 1998年9月2日第一審裁判部第1法廷判決 (*Akayesu*, ICTR-96-4-T), para. 523; ICTR 2001年6月1日上訴裁判部判決 (*Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-1-A), para. 159; ICTR 2003年5月26日上訴裁判部判決 (*Rutaganda*, ICTR-96-3-A), para. 525; ICTR 2006年7月7日上訴裁判部判決 (*Gacumbitsi*, ICTR-2001-64-A), paras. 40 *et seq.*

から推定することを許容していること（このような方法での「意図の証明」を認めるのは、中間目標説を採用しているBGHの判例<sup>177)</sup>だけではなく、同説とは現時点では「無縁」のICTY<sup>178)</sup>・ICTR<sup>179)</sup>などの諸種の国際刑事法廷の判例の立場でもある）は、「手続法上の裏口」(the evidentiary backdoor; die “prozessuale Hintertür”)を通じて、認識説が達成しようとしているまさにその結論を出している点で不当である、との批判がある<sup>180)</sup>。

次に、批判Ⅳとして、同じ目的説の立場から、ジェノサイドの「破壊する意図」という「目的」がもしも「中間目標」でも足りるとすれば、中核犯罪を通常犯罪と同格に論ずることになり、ジェノサイドの構成要件の不法の中核が失われ、もはやジェノサイドを下劣な動機に基づく複数の謀殺のうちの1つと区別する必要はないということになってしまいかねない、という批判がある<sup>181)</sup>。

さらに、批判Ⅴとして、折衷説の立場から、被告人が、当該集団の（一部の）破壊を「中間目標」としていることを是認してしまえば、当該集団の（一部の）破壊を未必の故意の意味で甘受していたとしても、ジェノサイドの意図が是認されることになってしまい不当であるとの批判もある<sup>182)</sup>。

なお、諸種の国際刑事法廷の判例に目を転じてみれば、たしかに、「最終目標」なのか「中間目標」なのかという対立軸で議論を展開している判例は現時点では見当たらない。しかしながら、ICTYの判例<sup>183)</sup>によれば、何らかの経済的又は政治的な利益を得るといふ個人的な動機は、ジェノサイ

180) *Greenawalt, supra* note 155, p. 2281 *et seq.*; *Kreß, supra* note 155 (JICJ), pp. 571 *et seq.*; *ders.*, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 81.

181) *Safferling/Grzywotz, a.a.O.* (Fn. 21), S. 188. ただし、この学説は、いわゆる最終目標説ではなく、「目標に向けられている意思」は、少なくとも、(1) ジェノサイド政策、(2) 攻撃それ自体の重大性、および、(3) 被告人の公的および私的な個人としての地位が考慮される場合のみ認定できるとされている (*ebd.* S. 189 f.). なお、これについて詳しくは、*Christoph Safferling, The Special Intent Requirement in the Crime of Genocide, in Christoph Safferling/Eckart Conze (eds.), The Genocide Convention Sixty Years after its Adoption, the Hague 2010, pp. 163 et seq.*, 178 も参照。

182) *Ambos/Penkühn, a.a.O.* (Fn. 21), S. 763 f.

183) ICTY 2001年7月5日上訴裁判部判決 (*Jelisić*, IT-95-10-A), para. 49.

ドの意図を排除するものではないとされている。さらに、ICTRの判例<sup>184)</sup>によれば、ジェノサイドの定義にいう「その集団自体」という文言は、「当該行為者が…法的に重要ではない動機によって動機づけられている場合であっても、ジェノサイドについて有罪とすることを禁止するものなのではない」とされている。

#### 6. 4. 検討——中間目標説の妥当性

では、この目的説の内部でさらに対立している最終目標説と中間目標説という2つの見解のうちのいずれが妥当な見解であるのか。結論をいえば、「中間目標」でも足りるとする見解——すなわち、目的説＝中間目標説——が妥当であるように思われる。

以下では、まず、認識説（上記5. 3参照）から目的説に向けられている批判Ⅱおよび批判Ⅲに対する目的説＝中間目標説の立場からの反駁を検討し、次に、批判Ⅳおよび批判Ⅴについて、同様に、目的説＝中間目標説の立場からの反論を検討する。

まず、批判Ⅱについては、この批判によれば、直接的に殺害行為に加担した者が幫助犯としてしか評価されないのであれば、ジェノサイドの成立範囲が不当に狭すぎるとされている。しかし、目的説＝中間目標説によればこのような問題を克服することができる。というのも、この説によれば、たとえ「中間目標」であっても、全体的なジェノサイド活動が円滑に進むように自己の行動によって積極的にジェノサイドの個別的行為に加担することは、原則的には、ジェノサイドの意図の存在を想起させ、その結果、当該加担者をジェノサイドの正犯と評価することができるようになるため、その分だけ幫助犯が成立する余地が少なくなるからである。

次に、批判Ⅲについては、結局、このように実体法ではなく、手続法的な観点からの不備を指摘するような批判は、「ためにする批判」でしかない。というのも、結論が一緒であるからこそ、法的安定性という観点からは、より国際判例によって支持され、かつ、従来の一般的な理解により即した実体法上の解釈（すなわち、目的説）の方が妥当であるといえるからである。

さらに、批判Ⅳについては、このような批判（あるいは最終目標説）に

---

184) ICTR 2004年7月9日上訴裁判部判決 (*Niyitegeka*, ICTR-96-14-A), para. 53.



よれば、思想犯又は確信犯だけがジェノサイドの破壊する意図をもって行動しているということになってしまうが、そのような結論は不当である。やはり、本件のように、ある意味では御都合主義的な行為者であってもジェノサイドの意図を有することがありうるというべきである。実際、本件の被告人は、当該集団の（一部の）破壊が「最終目標」ではなかったにもかかわらず、「仕事」という明らかにルワンダのジェノサイドに固有の「殺害」を示唆する言葉を使って、積極的にジェノサイド行為に加担している<sup>185)</sup>。また、犯行以前に被告人が日和見主義的な「曖昧な態度」をとっていたことは、被告人のジェノサイドの正犯としての刑事責任を根拠づける上では、あくまでも副次的な証拠でしかない。結局、「破壊する意図」の有無を検討するにあたってより重要なのは、犯行当時に被告人がどのような態度をとっていたのか、ということなのである。

最後に、批判Vについては、実体法と手続法の問題を混同している点で問題がある。この場合、中間目標でもジェノサイドの意図を肯定する見解は、ジェノサイドの意図を不当に格下げする趣旨ではなく、あくまでも当該集団の全部又は一部を破壊することは、ジェノサイドの正犯の（中間）目的でなければならないとしている。そのため、中間目標説は、少しも本来の意図の要件を引き下げるものではない。したがって、もしも被告人の行為について集団の全部又は一部の破壊については未必の故意までしか認められないのであれば、当然ジェノサイドの正犯を是認することもできない。しかしながら、手続法上は、ジェノサイド行為にとって客観的に重大性のある行為寄与に意図的に加担している者は、集団の（一部の）破壊を切望しているわけでもなければ意欲しているわけでもなく、単なる副次的な結果として認容していたにすぎないということが積極的に証明できない限りは、当然に破壊する意図をもって行動していると推定されるというだけのことなのである<sup>186)</sup>。

以上のように、結局、「破壊する意図」は、「目的」と理解することが妥当であるのであって、この「目的」は、「最終目標」ではなく、「中間目標」でも足りるというべきなのである。

---

185) 事実審OLG, Rn. 262.

186) *Burghardt*, a.a.O. (Fn. 21), S. 107 f.

## 7. むすび

既述（上記1.2および1.3）のように、本稿は、ジェノサイドにおいて、いわゆる中級レベルの関与者の正犯性はどのように認定することができるのかという問題意識に基づいて、3つの課題を検討してきた。これらの検討結果は、概ね以下の通りである。

第1については、上記4において、「事情」については、たしかに、事例ごとに個別・具体的に判断せざるをえないが、その「評価方法」は「行為支配」という客観的視点と主観的視点の両基準を考慮することができる規範的な判断枠組みによって考察するべきであること、また、「上位基準」である「行為支配」を補充する「下位基準」としての「客観的な事情」および「主観的な事情」については、個別の事例に基づいて具体的に類型化していくことが重要であることを確認した。

第2については、上記5において、ジェノサイドの正犯は、「破壊する意図」を「目的」として有しているべきであることを確認した。

第3については、上記6において、ジェノサイドの正犯が集団を破壊する「目的」を有している必要があるとしても、それは「中間目標」でも足りることを確認した。

以上の検討の結果、自らがジェノサイド活動を創出・指導しているわけでもなければ、自らが直接的に実行行為を行っているわけでもない中級レベルの関与者についても、少なくとも同人が、ジェノサイド活動がある状況下で、ジェノサイドの所定の個別的行為に対する行為支配を有し、かつ、破壊する意図（目的＝中間目標）をもって行動している場合、ジェノサイドの正犯性を根拠づけることは十分に可能であるといえる。

では、このことは、日本刑法との関係では何を示唆しうるのであろうか。

我が国では、学説から、再三にわたってジェノサイドをはじめとする中核犯罪を立法化する必要があることが指摘されている<sup>187)</sup>。にもかかわらず、依然として——戦争犯罪の一部<sup>188)</sup>を除けば——これらの中核犯罪の国内法化には至っていない。しかし、我が国が、国際社会における「法の支配」の確立に積極的に寄与し、かつ、国際刑事法のルール・メイキングに主体的に関与していくためには、ジェノサイドをはじめとする中核犯罪は、我

が国の刑法の下でも犯罪化されなければならない。それは、とりわけ、たとえ我が国で今後ジェノサイドが起こることがおよそ想定しえないとしても、本件のように、外国で行われた外国人による外国人に対するジェノサイドを日本が訴追・処罰することを通じて、グローバルな訴追・処罰のネットワークにおいて日本が重要な役割を果たすためにも必要である。その意味で、本稿の究極の目標は、ドイツにおけるジェノサイドの適用例を具体的に検討することを通じて、国際刑法に関する国内刑事司法実務の一端を解明し、将来の我が国におけるジェノサイドの国内法化にあたって、多少なりとも参考となる素材を提供することにあつたということもできるのである。

以上

---

187) フィリップ・オステン＝久保田隆「侵略犯罪と国内法化——ドイツにおける近時の立法動向を素材に——」慶應法学37号（2017年）295頁、永福誠也『国際刑事裁判所規程第28条にみる上官責任の考察』内外出版（2014年）8頁注16、奥脇直也「国際法から見た国際刑事協力の現代的展開」法学教室278号（2003年）11頁、後藤（前掲注1）372頁、多谷千香子「国際犯罪（ICC管轄犯罪）と日本の刑事司法——手続面に絞った国内法整備にとどめてICCに加入した意義」ジュリスト1343号（2007年）70頁以下、東澤靖「国際刑事裁判所——日弁連としての関わりからみえる課題」法律のひろば60巻9号（2007年）45頁以下、福永美和子「国際刑事裁判所の創設とジェノサイドの処罰・予防」石田勇治＝武内進一〔編〕『ジェノサイドと現代社会』勉誠出版（2011年）所収360頁、森下（前掲注14）16頁など参照。

188) 詳しくは、真山全「国際刑事裁判所の対象犯罪と国内的対応」法律時報79巻4号（2007年）34頁以下など参照。